

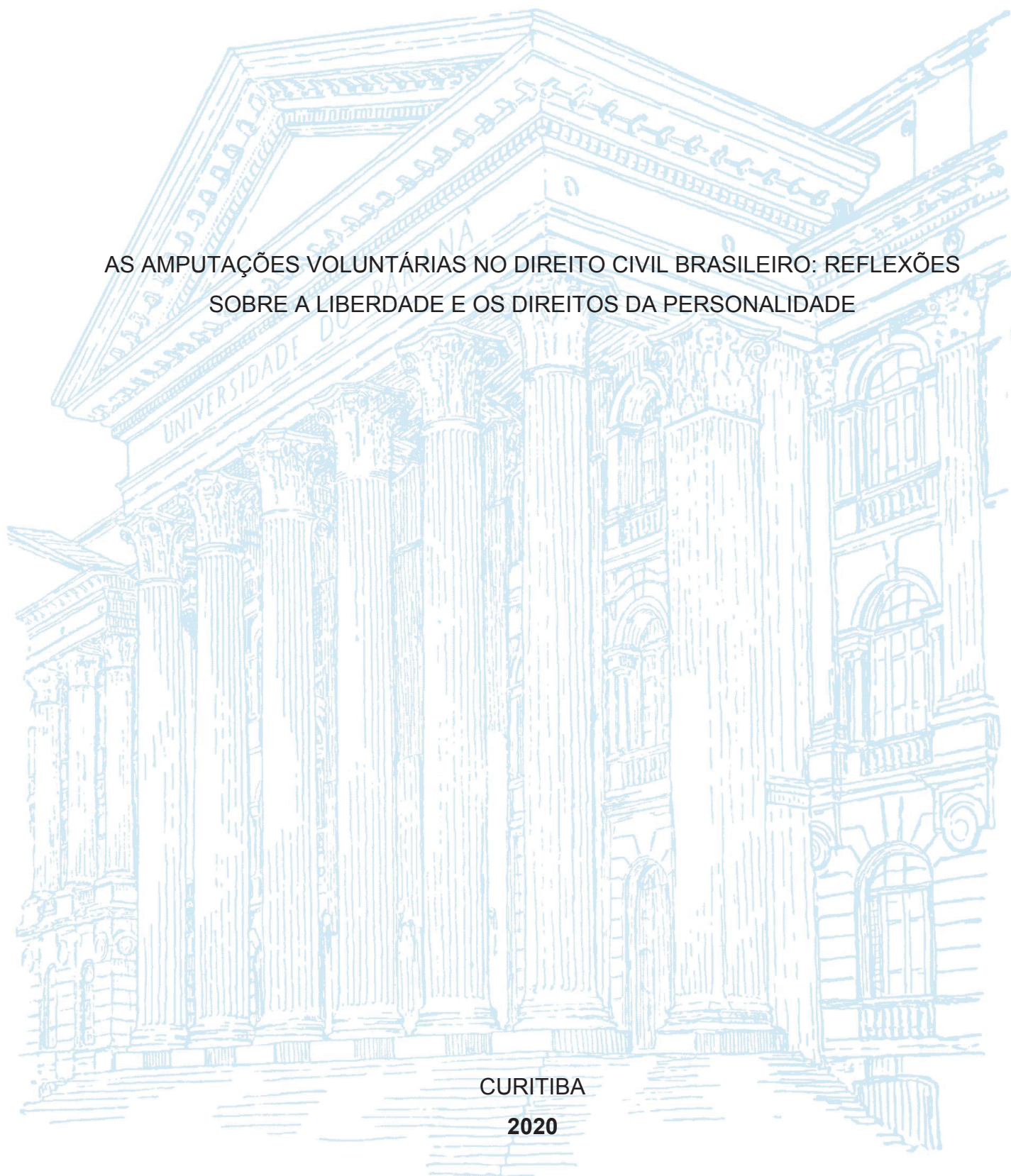
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CHRISTIANE SOUZA LIMA ALVES

AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: REFLEXÕES  
SOBRE A LIBERDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CURITIBA

2020



CHRISTIANE SOUZA LIMA ALVES

AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: REFLEXÕES  
SOBRE A LIBERDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski  
Ruzyk

CURITIBA

2020

A474a

Alves, Christiane Souza Lima

As amputações voluntárias no direito civil brasileiro: reflexões sobre a liberdade e os direitos da personalidade [meio eletrônico] / Christiane Souza Lima Alves. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

1. Direito Civil. 2. Personalidade (Direito). 3. Liberdade. I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.15

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto - CRB 9/1217**

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **CHRISTIANE SOUZA LIMA ALVES** intitulada: **As amputações voluntárias no Direito Civil Brasileiro: reflexões sobre a liberdade e os direitos da personalidade**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 11:55:31.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 11:55:12.0

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITARIO UNA)

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 15:22:07.0

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia treze de abril de dois mil e vinte às 10:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **CHRISTIANE SOUZA LIMA ALVES**, intitulada: **As amputações voluntárias no Direito Civil Brasileiro: reflexões sobre a liberdade e os direitos da personalidade**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNA), ANA CARLA HARMATIUK MATOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 11:55:31.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 11:55:12.0

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNA)

Assinatura Eletrônica

13/04/2020 15:22:07.0

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

À minha avó, Isabel Candida Alves,  
“a vida que chamo de minha”.

O peito, o corpo, é sempre uno,  
mas as almas que nele residem não são  
nem duas nem cinco, mas incontáveis; o  
homem é um bulbo formado por cem  
folhas, um tecido urdido com muitos fios.

(HERMAN, Hesse)

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo estudar o fenômeno das amputações voluntárias sob o viés da liberdade negativa e da liberdade positiva da pessoa envolvida. Em que pese a repulsa social, não raro, constata-se o desespero de pessoas que, em situações de profunda angústia e aflição, intentam medidas drásticas para amputar um membro indesejado de seu corpo, colocando em risco a própria vida. No âmbito jurídico brasileiro, a negativa à amputação advém do artigo 13 do Código Civil, que veda os atos de disposição do próprio corpo que resultem em diminuição permanente da integridade física ou violem os bons costumes, excetuando-se apenas as hipóteses de exigência médica. Ainda, a doutrina nacional acrescenta à ordem das discussões a violação da dignidade da pessoa humana. A dissertação propõe, então, pensar a amputação voluntária para além do viés patológico que atualmente predomina na abordagem do tema. Para tanto, explora a literatura produzida, de modo a perpassar a abordagem médica especializada e as interpelações éticas e jurídicas que o fenômeno suscita. Também examina a regulação do direito de dispor do próprio corpo no Código Civil, bem como a literatura jurídica nacional sobre as amputações voluntárias. Da eventual necessidade de intervenções em espaços de liberdade negativa do sujeito, reflete, criticamente, sobre os limites às interferências estatais nos atos de disposição do próprio corpo, em especial, quanto aos argumentos suscitados na proibição das demandas por extirpação. Neste ponto, sugere, com as cautelas que o tema exige, outras premissas a serem ponderadas. Sob a perspectiva da liberdade positiva, busca pensar o exercício do direito de disposição do próprio corpo enquanto poder de decidir os rumos da própria vida, no livre desenvolvimento da personalidade. Assim, investiga a eventual legitimidade da renúncia à integridade física no Estado de Direito e apresenta possíveis releituras dos critérios elegidos pelo artigo 13 do Código Civil. Por fim, cogita a possibilidade de uma amputação voluntária configurar manifestação do livre desenvolvimento da personalidade a ser sancionada pelo direito pátrio. Neste sentido, constatadas hipóteses de amputação voluntária fora do plano patológico, é viável a renúncia à integridade física. No entanto, remanesce a premente necessidade de desenvolvimento de pesquisas clínicas consistentes no que diz respeito às manifestações patológicas.

**Palavras-chave:** amputações voluntárias; disposição do próprio corpo; liberdade negativa; liberdade positiva; livre desenvolvimento da personalidade.



## ABSTRACT

The following research aims to study the phenomenon of voluntary amputations under the bias of negative freedom and positive freedom of the person involved. Sometimes considered socially repulsive, but not rare, it is verified the despair of people that, once in a situation of deep pain and distress, tried drastic measures to amputate an unwanted limb from their bodies, putting their own lives at risk. In the Brazilian legal field, the negative comes from article 13 of the Civil Code, which prohibits acts of disposal of one's own body that result in permanent decrease in physical integrity or that violate common decency, ruling out only situations of medical requirements. Still, the national doctrine approaches the discussion of the theme as a violation of human dignity. This essay proposes a view of voluntary amputations beyond the pathological bias that currently predominates the theme. Thereby, explores a collection of researches around the topic, in a way of getting through the specialized medical approach and the ethical and legal interpretations of what the phenomenon implies. Also, this essay examines the regulation of the right to dispose of one's own body in the Civil Code, as well as the national legal literature about voluntary amputations. When intervention in spaces of negative freedom were necessary, this research critically reflects about the limits to state interference in acts of disposal of the one's own body, especially regarding the arguments raised for the prohibition of extirpation demands. At this point, the essay suggests, with the caution that the topic requires, other assumptions to be weighed. On the perspective of positive freedom, it seeks to think about the exercise of the right to disposal of one's own body as a power to decide the course of one's life. Thus, it investigates the eventual legitimacy of renouncing physical integrity in the legal field, and presents possible re-readings of the criteria required by article 13 of the Civil Code. Lastly, the possibility of a voluntary amputation as a manifestation of free development of personality to be sanctioned by national law is considered. Different hypotheses that intensify the complexity of the theme were verified, rising the need for deeper theoretical-legal reflections about voluntary amputations in Brazilian law.

**Keywords:** Voluntary amputations; Disposal of one's own body; Negative Freedom; Positive freedom; Free development of personality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. A ATUAL CONJUNTURA DE ANÁLISE DAS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS: PROBLEMATIZAÇÕES E NOVAS PERSPECTIVAS .....</b>	<b>11</b>
1.1 A COMPREENSÃO SOBRE AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS: DOS ESTUDOS CLÍNICOS AO ENFOQUE ÉTICO-JURÍDICO .....	12
1.2 A ATUAL COMPREENSÃO SOBRE AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO .....	33
1.3 AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS SOB OUTRAS LENTES: REFLEXÕES EM TORNO DAS LIBERDADES NEGATIVA E POSITIVA .....	47
<b>2. A INTERVENÇÃO ESTATAL PARA A PROTEÇÃO DO SUJEITO DE SI MESMO: UMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE NEGATIVA DA PESSOA QUE DESEJA A AMPUTAÇÃO .....</b>	<b>55</b>
2.1 A CONTROVÉRSIA SOBRE O CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA: O RISCO DE SUJEIÇÃO AOS BONS COSTUMES E O DESACOPLAMENTO DA LIBERDADE NA DEFESA DA PESSOA CONTRA A SUA VONTADE .....	56
2.2 A “SUPREMACIA” DO SABER MÉDICO: A TUTELA DO CORPO E DA SAÚDE A PARTIR DA MODERNIDADE .....	65
2.3 OUTRAS PREMISSAS PARA AUTORIZAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROTEÇÃO DO SUJEITO DE SI MESMO .....	77
<b>3. A POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA LIBERDADE POSITIVA: A AMPUTAÇÃO E O DIREITO DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO .....</b>	<b>91</b>
3.1 A ADMISSIBILIDADE DA RENÚNCIA À INTEGRIDADE FÍSICA EM MATÉRIA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE .....	93
3.2 RELEITURAS DOS CRITÉRIOS ELEGIDOS PELO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL .....	108
3.3 PODE A AMPUTAÇÃO SER UMA MANIFESTAÇÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE? .....	121
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade é um dos princípios fundamentais do direito privado. Todavia, ao se observar como classicamente se desenvolveram os institutos de direito civil, nota-se a prevalência de uma liberdade de caráter patrimonial - voltada para o sujeito de direito abstrato e proprietário, e a decorrente desconsideração da liberdade existencial. Hodiernamente, assiste-se a um processo em sentido inverso, que posiciona a pessoa tida em concreto no centro de todo o ordenamento jurídico, voltado agora para a tutela do ser – e não apenas do “ter”.

Nesta toada, o Código Civil de 2002 dedicou um capítulo exclusivo aos direitos da personalidade, recebido com louvor por parte da doutrina jurídica nacional entusiasta da reconfiguração do sistema civil, historicamente concebido em torno da propriedade privada. Referido capítulo é composto por onze artigos delineados em torno de previsões tipificadas e destinados à tutela e promoção da pessoa em seus aspectos existenciais, de forma a permitir a vivência de suas escolhas pessoais segundo sua orientação de vida boa.

Neste aspecto, o próprio conceito de personalidade enquanto atributo genérico da pessoa humana foi recentemente revisitado. Concebida tradicionalmente como característica intrínseca à espécie humana que independe do reconhecimento por parte do Estado – concepção típica das teorias do direito natural, a personalidade deixa de ser estabelecida *a priori* com base em fatores exógenos, e tomada de uma perspectiva estática, descolada da construção pessoal. De modo diverso, passa a se constituir como categoria dinâmica, determinada pela produção individual e contínua ao longo da vida do sujeito, a qual se soma a dimensão social, porquanto o desenvolvimento da personalidade é, por natureza, comunicativo.

Dentre os direitos da personalidade expressamente protegidos pelo Código Civil, tem-se o direito de dispor do próprio corpo. Constitui este um elemento essencial da existência humana, por meio do qual a pessoa vivencia o mundo e a si mesma. Opera, pois, como suporte material indispensável para o desenvolvimento da personalidade do sujeito, em relação consigo e com a sociedade, traduzindo-se, a partir da modernidade ocidental, em um fator de identidade e individuação que diferencia o sujeito do cosmos que o cerca.

Contudo, o legislador da codificação civil optou por uma regulamentação estrutural do direito de disposição do próprio corpo, em uma perspectiva eminentemente proibitiva, estabelecendo, de antemão, critérios rígidos para averiguar sua (i)legitimidade perante o ordenamento pátrio. Neste sentido, o artigo 13 do referido diploma legislativo veda os atos de disposição do próprio corpo que resultem em diminuição permanente da integridade física ou violem os bons costumes. Consoante a disposição legal, apenas a exigência médica teria o condão de validar esses atos na ordem jurídica, conferida uma supremacia ao critério terapêutico.

A redação do artigo 13 do Código Civil suscita intensos debates na doutrina nacional, que se dedica a investigar o significado dos critérios elegidos pela norma no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, críticas apontam para o complexo e problemático conteúdo da cláusula geral de bons costumes no paradigma do pluralismo social, a insuficiência do bem-estar físico para a tutela do sujeito, a equivocada desconsideração das diminuições temporárias, a falta de correspondência na realidade social – que autoriza a redução da intangibilidade do corpo em contextos não terapêuticos – e a necessária ponderação do papel exercido pelos profissionais da saúde quando na determinação de medidas curativas.

Quando em confronto com a questão das amputações voluntárias, uma interpretação literal do referido dispositivo legal prontamente afasta a possibilidade de extirpação. Isto, pois, se trata de ato de disposição do próprio corpo que invariavelmente implica em diminuição permanente da integridade física do sujeito, tido como violador dos bons costumes – porquanto destoa o senso social dominante, e ainda, desamparado por um posicionamento médico consentâneo sobre o caráter terapêutico do procedimento cirúrgico de amputação.

Não obstante a vedação em âmbito jurídico, de quando em quando o fenômeno das amputações voluntárias ocupa a manchete de matérias jornalísticas que anunciam o desespero de pessoas que, em situações de profunda angústia e aflição, intentam medidas drásticas para amputar um membro indesejável de seu corpo. Na generalidade dos casos, a própria vida do sujeito é colocada em risco para alcançar a extirpação desejada.

Diversos estudos clínicos sobre o desejo de amputação já foram conduzidos pelas ciências médicas, mas não parecem dar conta da compreensão do fenômeno. Em geral, as discussões centram-se na identificação da causa do desejo –

usualmente entendido como manifestação de uma patologia, bem como na investigação sobre eventuais tratamentos que afastem a realização do procedimento cirúrgico de extirpação. Não obstante, até o presente momento, as conclusões alcançadas variam significativamente quanto à etiologia, às medidas terapêuticas indicadas e mesmo quanto à nomenclatura adequada para referir-se a questão. Diante da ausência de um consenso, tem sido negada a realização do procedimento cirúrgico de extirpação.

A doutrina jurídica nacional tende a acompanhar esse posicionamento. Ainda, acrescenta a ordem das discussões a violação da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o atendimento às demandas por amputação voluntária violaria a dignidade do sujeito envolvido, ainda que ele tenha requerido o procedimento de forma consciente e voluntária.

Neste panorama, o presente trabalho pretende pensar a amputação voluntária para além do viés patológico que atualmente predomina na abordagem do tema, tanto nas ciências médicas quanto na seara do Direito. Registra-se, desde já, que a referida proposta não se olvida da indispensável contribuição da medicina, tampouco intenta afastar em todo caso a proibição veiculada pelo ordenamento jurídico.

Para tanto, propõe-se a analisar as amputações voluntárias sob outras lentes, que considerem a liberdade de dispor do próprio corpo e eventuais limites para a intervenção estatal nesta seara. Assim, as reflexões que guiam esta pesquisa giram em torno da liberdade negativa do sujeito – que lhe garante um espaço reservado da intervenção de terceiros, seja a sociedade ou mesmo o Estado - e de sua liberdade positiva na conformação de seu corpo, aqui entendida enquanto manifestação de sua personalidade. Neste sentido, a pesquisa se divide em três capítulos.

O capítulo I expõe a literatura produzida sobre as amputações voluntárias, ponderando sobre suas colocações com o intuito de colher elementos para pensar em eventuais hipóteses despatologizantes.

Nesta toada, parte-se da compreensão do fenômeno pela literatura médica especializada, por meio da apresentação das vertentes investigativas até então dominantes, que variam entre o diagnóstico de apotemnofilia, de transtorno de identidade de integridade corporal e de xenomelia. A análise perpassa, ainda, os debates acadêmicos desenvolvidos de forma esparsa em outras áreas do conhecimento no que diz respeito às questões éticas e jurídicas imbricadas no tema.

Em um segundo momento, debruça-se sobre a compreensão das amputações voluntárias no âmbito do direito brasileiro. Neste sentido, explora-se a regulação conferida aos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, que, de forma inovadora, introduziu um capítulo exclusivamente dedicado a abordagem do tema. Neste ponto, o enfoque é concedido à análise do direito de disposição do próprio corpo, nos limites estabelecidos pelo o artigo 13 do referido diploma normativo, com a exposição das principais ressalvas formuladas pela doutrina civilista pátria.

Em sequência, descreve-se brevemente a literatura jurídica nacional sobre as amputações voluntárias, para, por fim, propor a análise da questão em torno da liberdade negativa e da liberdade positiva do sujeito envolvido, com os delineamentos conceituais necessários para compreensão do enfoque adotado no presente trabalho.

Neste seguimento, o capítulo II busca compreender a questão das amputações voluntárias sobre o viés da liberdade negativa, tendo em vista que os atos de disposição do próprio corpo, ao menos a princípio, não produzem efeitos diretos na esfera jurídica de terceiros.

Nesse ponto, parte-se da premissa de que intervenções externas podem ser necessárias, considerando não apenas a tutela de outros bens protegidos pela Constituição, como também a própria liberdade do sujeito, tomada em seu aspecto substancial – porquanto a higidez física é um importante elemento para que uma pessoa tenha a efetiva possibilidade de realizar aquilo que ela própria valoriza.

Não obstante, pondera-se a respeito dos limites às intervenções estatais nesta seara, em especial, dos argumentos suscitados em âmbito nacional quando no afastamento das demandas por amputações voluntárias. Assim, propõe-se uma análise crítica sobre as utilizações conferidas ao princípio da dignidade humana na defesa da pessoa contra sua vontade, bem como sobre a suposta “supremacia” do saber médico na tutela do corpo e da saúde, refletindo a respeito do papel desempenhado pela medicina a partir da modernidade.

Por fim, considerando a perspectiva de análise proposta, sugerem-se, com as cautelas que o tema exige, outras premissas para ponderar a possibilidade interferências externas na proteção do sujeito em face de seus próprios atos.

O capítulo III, por sua vez, busca analisar a questão das amputações voluntárias sob o viés da liberdade positiva, considerando que o exercício do direito

de disposição do próprio corpo qualifica-se como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade.

Neste sentido, em um primeiro momento pondera-se sobre a eventual admissibilidade da renúncia à integridade física no âmbito do Estado Democrático de Direito, em especial nas relações havidas entre particulares. Na sequência, tendo em conta as reflexões realizadas no presente trabalho, apresentam-se possíveis releituras dos critérios elegidos pelo artigo 13 do Código Civil quando na regulação dos atos de disposição do próprio corpo.

Por último, retomando-se os contributos da literatura médica especializada, bem como as reflexões realizadas em torno da liberdade positiva e negativa, intenta-se pensar, sob uma perspectiva despatologizante, a possibilidade concreta de uma amputação voluntária configurar manifestação do livre desenvolvimento da personalidade a ser sancionada pelo direito pátrio.

Sem olvidar da delicadeza e complexidade do tema, o presente trabalho propõe um enfoque inovador sobre as amputações voluntárias, em atenção a liberdade do sujeito envolvido. Nesse seguimento, com o recorte metodológico adotado, pretende-se fomentar o aprofundamento das reflexões teórico-jurídicas a respeito da questão no contexto brasileiro.

## CAPÍTULO I

### A ATUAL CONJUNTURA DE ANÁLISE DAS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS: PROBLEMATIZAÇÕES E NOVAS PERSPECTIVAS

Falar em amputação voluntária, inevitavelmente, causa algum estranhamento. A retirada de uma parte do corpo por ato de vontade do sujeito, ausente uma necessidade de médica que justifique a medida, refoge ao que se tem por razoável ou aceitável no meio social e enseja profundos questionamentos sobre os limites da liberdade em matéria de atos de disposição do próprio corpo.

No entanto, matérias jornalísticas publicadas em veículos internacionais anunciam episódios drásticos em que pessoas tomadas pelo desespero para amputar um membro saudável atiram em si mesmas, deitam-se em linhas de trens para decepá-lo ou o imergem em gelo seco causando uma gangrena<sup>1</sup>.

Nos anos de 1997 e 1999, o cirurgião escocês Robert Smith realizou a amputação de membros saudáveis em dois pacientes que lhe requisitaram a medida, levantando intensos debates na comunidade médica<sup>2</sup>. Quando indagado sobre a eticidade de tais cirurgias, o profissional respondeu que não se arrependia de tê-las realizado porque atendiam aos anseios desesperados daqueles homens, que seriam capazes de atos extremos para livrarem-se do membro indesejado<sup>3</sup>. Neste sentido, o médico cita a utilização de métodos radicais como motosserras, espingardas, guilhotinas caseiras ou mesmo a indução de infecções deliberadas, que, por vezes, resultam na morte do paciente. Há, ainda, aqueles que procuram cirurgias não habilitados para realizar o procedimento na clandestinidade, sem a observância dos cuidados necessários para tanto<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Como fez o australiano Robert Vickers, em 1984, para levar a cabo o desejo de ter amputada a sua perna esquerda. Recomenda-se a leitura: SIKORA, Kate. Doctor argues for right to amputate unwanted limbs. **The Daily Telegraph**. Londres, 7 nov. 2008. Disponível em: <<https://www.dailylegaph.com.au/news/nsw/the-right-to-amputate-good-limbs/news-story/e97ffb4f1b604ef663d32599226e8385?sv=36800f1e8e572663d76e4c56749d236e>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44-45.

<sup>3</sup> BBC NEWS. **Surgeon defends amputations**. 31 jan. 2000. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/scotland/625680.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/scotland/625680.stm)>. Acesso em: 11 nov. 2019.

<sup>4</sup> Como sucedeu ao americano Philip Bondy, que realizou o procedimento de amputação no mercado informal com um cirurgião mexicano, e morreu uma semana após a cirurgia em decorrência de uma gangrena (JHONSTON, Josephine; ELLIOT, Carol. Healthy Limb Amputation: ethical and legal aspects. **Clinical Medicine**, Londres, v. 2, n. 5, set./out. 2002, p. 431-435).



O cirurgião Robert Smith afirma que, embora não tenha acompanhado os pacientes por muito tempo após a realização das cirurgias – uma vez que eles desejavam se esquecer do passado tormentoso quando ainda tinham o membro indesejado, ambos afirmavam estar contentes com o resultado, levando uma vida mais estável e produtiva<sup>5</sup>. Proibido de realizar outras cirurgias de amputação voluntária, o médico atualmente preocupa-se com os eventuais resultados nefastos para os pacientes que, diante da recusa dos médicos, colocam em risco a própria vida para levar a cabo a extirpação.

Neste capítulo inicial objetiva-se a exposição e a ponderação da literatura até então produzida sobre as amputações voluntárias, de modo a perpassar a abordagem médica especializada sobre o tema e as interpelações éticas e jurídicas que o fenômeno suscita.

Deste exame preliminar pretende-se colher elementos para pensar as amputações voluntárias para além do viés proibitivo e patologizante que atualmente impera na análise do tema, especialmente no âmbito da doutrina jurídica civilista nacional, conforme será exposto a seguir. No entanto, consigne-se, desde já, que tal abordagem é proposta sem olvidar dos necessários contributos das ciências médicas e das hipóteses em que a vedação é medida que se impõe.

## 1.1 A COMPREENSÃO SOBRE AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS: DOS ESTUDOS CLÍNICOS AO ENFOQUE ÉTICO-JURÍDICO

Em geral, as discussões desenvolvidas pelos pesquisadores que se debruçam sobre o tema se centram, primordialmente, na identificação da causa do desejo de amputação – usualmente entendido como uma manifestação patológica, bem como nas investigações sobre eventuais tratamentos que possam afastar a realização do procedimento cirúrgico. No entanto, também é possível encontrar, de forma mais esparsa, debates acadêmicos que giram em torno das consequências éticas e jurídicas imbricadas no tema, consoante exposto na sequência<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. **Psichiatry Journal**, Abingdon, v. 3, n. 8, 2004, p. 27-30.

<sup>6</sup> As referências bibliográficas que dão suporte ao presente item foram colhidas a partir de consulta ao Repositório Digital Institucional da Universidade Federal do Paraná.

Em que pese o desejo de amputação tenha vindo a público na década de 30<sup>7</sup>, o primeiro trabalho acadêmico na seara médica sobre o tema apenas foi publicado no ano de 1977 por John Money, em coautoria com Russel Jobaris e Gregg Furth<sup>8</sup>. Na oportunidade, os autores cunharam o termo “apotemnofilia”, cujo significado literal é o “amor pela amputação”, baseando-se no acompanhamento de dois pacientes que se apresentaram à Unidade de Pesquisa Psico-Hormonal (PHRU) do Hospital norte-americano Johns Hopkins declarando o desejo de ter uma perna amputada.

Após o estudo desses dois casos, os pesquisadores concluíram, à época, que o desejo de amputação não é uma ilusão paranoica, mas uma ideia fixa vinculada à erotização do coto e à admiração pela superação de dificuldades, apesar da desvantagem física dos deficientes.

Embora as tentativas de auto amputação, em geral, ocorram por métodos radicais e, inevitavelmente, dolorosos, Money et al. distanciaram o fenômeno do sadomasoquismo, uma vez que aqueles pacientes não almejavam a dor em si, mas o resultado do processo – qual seja, a amputação do membro indesejado.

Neste sentido, veja-se o relato descrito pelos pesquisadores sobre um dos pacientes acompanhados que, após receber a recusa dos médicos para a realização de uma amputação cirúrgica, iniciou a inserção de uma caneta de aço inoxidável na tíbia esquerda com a ajuda de um martelo. Após a remoção do dispositivo, tentou induzir uma infecção óssea introduzindo na ferida uma mistura de acne facial e mucosa nasal e anal. Quando a perna demonstrou sinais de infecção grave, dirigiu-se ao hospital esperando a amputação do membro. No entanto, a infecção foi devidamente tratada e curada pela equipe médica responsável. Sobre a situação, o paciente afirmou:

Os aspectos mais perturbadores desses atos é que estou causando dano a mim mesmo – não gosto disso. A dor está relacionada ao apetite de alguém

---

<sup>7</sup> Neste sentido, Robert Smith cita uma série de artigos e cartas publicados na revista “London Life” em 1933 e um artigo publicado na revista pornográfica inglesa “Penthouse”, a qual foi seguida por uma coluna específica intitulada “Monopede Mania” (SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. **Psichiatry Journal**, Abingdon, v. 3, n. 8, 2004. p. 27.)

<sup>8</sup> MONEY, John; JOBARIS, Russell; FURTH, Greg. Apotemnophilia: Two Cases of Self-Demand Amputation as a Paraphilia. **The Journal of Sex Research**, New York, v. 13, n. 2, p. 115-125, 1977.

por não sentir dor. A dor envolvida é trivial e é o resultado dessas ações, não a angústia do processo, que é meu objetivo<sup>9</sup>.

Nota-se que, em um primeiro momento, a amputação voluntária é abordada, essencialmente, como manifestação patológica de uma sexualidade desviante – um transtorno parafilico<sup>10</sup> - ou de um encantamento com a deficiência, que passaria, então, a ser almejada a todo custo.

No ano de 1983, Walter Everaerd, professor de psicologia da Universidade de Utrecht, trouxe à tona o caso do sr. A - como é designado para preservar sua privacidade - que desejava ter uma perna amputada para que pudesse utilizar um perna de pau<sup>11</sup>. Em uma carta enviada ao professor, o paciente afirmou que seu desejo é semelhante ao desejo de um transexual. Em suas palavras: “Como um transexual não está feliz com seu próprio corpo, mas deseja ter o corpo de outro sexo, da mesma forma que não estou feliz com meu corpo atual, mas anseio por uma perna de pau”<sup>12</sup>.

O paciente acompanhado por Everaerd relatou, na sua infância, um sentimento de profunda atração por um garoto amputado que brincava feliz, sem se incomodar com a falta de um membro. Ao longo dos anos, o desejo pela amputação teria se tornado mais forte e passou a controlar a vida do sr. A, que afirma, insistentemente, que a sua felicidade depende da amputação e da utilização de uma perna de pau<sup>13</sup>. Essa seria a única maneira de ele se sentir completo, chegando a cogitar o suicídio para acabar com o seu sofrimento diante das recusas dos cirurgiões em realizar o procedimento.

---

<sup>9</sup> MONEY, John; JOBARIS, Russell; FURTH, Greg. Apotemnophilia: Two Cases of Self-Demand Amputation as a Paraphilia. **The Journal of Sex Research**, New York, v. 13, n. 2, 1977. p. 118.

<sup>10</sup> Segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5ª Edição (DSM-5), diz respeito a manifestação e interesses sexuais atípicos em que a pessoa: (i) sente angústia pessoal sobre o seu interesse sexual, não apenas sofrimento resultante da desaprovação da sociedade; ou (ii) tem desejo ou comportamento sexual que envolva o sofrimento psicológico, lesões ou morte de outra(s) pessoas, ou prática sexual que envolva pessoas que não querem ou que sejam incapazes de dar o seu consentimento legal (LUCENA, Bárbara Braga de; ABDO, Carmita Helena Najjar. Transtorno parafilico: o que mudou com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5ª edição (DSM-5). **Revista Diagnóstico & Tratamento**, São Paulo, v. 19, n. 2, mar. 2014, p. 94-96).

<sup>11</sup> EVERAERD, Walter. A Case of Apotemnophilia: A Handicap as Sexual Preference. **American Journal of Psychotherapy**, Utrecht, v. 37, n. 2, p. 285-293, abr. 1983.

<sup>12</sup> EVERAERD, Walter. A Case of Apotemnophilia: A Handicap as Sexual Preference. **American Journal of Psychotherapy**, Utrecht, v. 37, n. 2, abr. 1983. p. 286.

<sup>13</sup> O paciente recusa a utilização de prótese e deseja ser visivelmente deficiente com a utilização da perna de pau (EVERAERD, Walter. A Case of Apotemnophilia: A Handicap as Sexual Preference. **American Journal of Psychotherapy**, Utrecht, v. 37, n. 2, p. 285-293, abr. 1983).

Quando indagado sobre a atração sexual por pessoas amputadas ou pela ideia de ser um amputado, o paciente confessa que a amputação assume sim uma importância erótica em sua vida, mas não seria esse o cerne da questão. Para mitigar o desejo, o sr. A relatou ao professor que comprou muletas e passou a utiliza-las em casa, imaginando ser um amputado. Com isso, afirma ter sentido uma sensação “muito boa”.

Demonstrando discernimento, o paciente considera as consequências da amputação do membro saudável, e admite a hipótese de se arrepender do procedimento. Mas conclui, ao final, que, apesar da irreversibilidade da medida, a sua felicidade pessoal justifica suficientemente o risco.

Aqui, em que pese a filiação de Everaerd ao diagnóstico parafilico delineado por Money et al – inclusive com a adoção do termo “apotemnofilia” cunhado pelos autores, nota-se que na narrativa do caso de sr. A o desejo de amputação parece apoiar-se em um sentimento de identidade – ser deficiente e, portanto, visto como tal – e não está ligado, ao menos primariamente, a sexualidade do paciente.

Outro marco importante para a investigação do desejo de amputação é o estudo conduzido por Michael First, publicado em 2005 sob o título “*Desire for amputation of a limb*”<sup>14</sup>. O professor do Departamento de Psiquiatria da Columbia University realizou entrevistas estruturadas compostas por 126 perguntas com 52 indivíduos que apresentaram o desejo de ter um membro amputado, recrutados, principalmente, de sites e grupos de discussão na internet voltados para auto amputação. Dentre os participantes, nove tiveram um braço ou uma perna amputados, dos quais seis utilizaram-se de métodos perigosos (como espingarda, serra elétrica, picador de madeira e gelo seco), colocando em risco a própria vida para alcançar a extirpação. Em razão da amplitude dessa pesquisa, será dedicada uma maior atenção aos seus resultados nos parágrafos que seguem.

Michael First narra o caso paradigmático de Thomas, um homem de 39 anos, professor, casado e pai de uma menina, que, voluntariamente, foi submetido a uma

---

<sup>14</sup> Nessa pesquisa, o autor considera diversos fatores, tais como: as tentativas ou a efetiva realização de auto amputação, as razões pelas quais os investigados desejavam se tornar um amputado, o local desejado para amputação, o início do desejo, eventuais prejuízos que o desejo acarretava para a vida dos investigados, a atração sexual em torno da questão, o interesse em ter outras deficiências não decorrentes da extirpação, o eventual desconforto com a identidade de gênero, o histórico pessoal de psicopatias comórbidas, a história familiar e a eficácia dos tratamentos intentados (FIRST, Michael B. *Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. Psychological Medicine*, New York, v. 35, p. 919–928, 2005).

cirurgia de amputação da perna esquerda saudável, em ponto acima do joelho. Desde a infância, o paciente desejava a amputação e sentia que ter dois braços e duas pernas o deixava “incompleto”, enquanto a amputação, paradoxalmente, o fazia sentir-se “completo”. Semelhante ao paciente de Everaerd, embora Tom reconhecesse um componente erótico – ele se sentia mais “sexual” quando se imaginava como um amputado, relata que a principal razão para desejar a amputação era tornar-se íntegro.

Conforme descrito por Michael First, Tom relata que não sentia nada de diferente pela perna esquerda, tampouco a via como feia ou defeituosa, afastando também a necessidade de atenção como um motivo para a amputação. Assim como o sr. A – descrito por Everaerd, Tom também utilizava muletas em casa, fingindo ser um amputado quando se sentia ansioso ou deprimido com sua situação.

A frustração por não ser um amputado levou Tom a desenvolver depressão, com pensamentos suicidas, de modo que, aos 29 anos de idade, procurou tratamento psicológico. Durante 18 meses realizou psicoterapia semanal com uso de medicamentos para depressão e TOC, e relatou a Michael First que não houve qualquer alteração do seu desejo pela amputação, mas, ao revés, o tratamento fez com que ele se sentisse pior.

Interrompido o acompanhamento psiquiátrico, o paciente passou a procurar um cirurgião disposto a realizar a amputação desejada, consultando psicólogos para certificar a sua higidez mental para decidir, e colecionado a escassa literatura médica sobre a questão, até encontrar um médico que aceitou fazer o procedimento. Quando realizada a entrevista por Michael First já haviam se passado quatro anos desde a cirurgia, o paciente não desejava a amputação de outro membro, e afirmou convicto: “Meu único arrependimento é que não a fiz antes”<sup>15</sup>.

Michael First identifica em Tom uma diferença crucial com relação aos pacientes descritos por John Money et al. – acima relatados. Para o pesquisador, a excitação sexual apresenta-se aqui como um componente menor do desejo de amputação, sendo que o mesmo resultado foi obtido do quadro geral da pesquisa, em que se configurou como a principal causa para apenas 24% dos participantes<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 920.

<sup>16</sup> Consigne-se que neste estudo o autor aponta um possível recorte de gênero, porquanto apenas quatro dos investigados eram mulheres e, dentre essas, somente uma declarou se sentir

O motivo mais comum para requerer a amputação foi a ideia de que o procedimento corrigiria “uma incompatibilidade entre a anatomia da pessoa e a sensação de seu verdadeiro ‘eu’ (identidade)”. First cita declarações de alguns pacientes que o levaram a essa conclusão:

[‘Após a amputação] eu teria a identidade que sempre me considero’; ‘Em algum momento, vi um amputado e entendi que deveria ser assim’; ‘Sinto-me como um amputado com próteses naturais - elas são minhas pernas, mas quero me livrar delas - elas não se encaixam na minha imagem corporal’; ‘Sinto-me completo sem a perna esquerda... estou incompleto com ela’; “Parece paradoxal - eu me sentiria inteiro sem minha perna’; ‘Eu senti como se estivesse no corpo errado’; que estou completo apenas com o braço e a perna do lado direito’<sup>17</sup>.

Assim como Jonh Money, Michael First não vislumbra a existência de uma crença ilusória nos participantes da pesquisa, uma vez que todos consideram a amputação racionalmente, em termos de causa e consequências, e entendem que o desejo é anormal.

Das entrevistas realizadas, o pesquisador verificou que, em regra, o desejo pela amputação recai sobre um membro específico, sendo que 73% requer a extirpação de uma perna, dos quais 92% deseja a amputação acima do joelho. Como Tom, 63% dos entrevistados por Michael First não sentiam que aquele membro se diferenciava dos demais, como feio ou defeituoso, afastando, neste ponto, eventual diagnóstico de Transtorno Dismórfico Corporal - em que o indivíduo, sem causa, visualiza algum aspecto de sua aparência física como anormal e motivo de vergonha.

Ainda, a maioria dos participantes do estudo precisou o início do desejo na infância ou na adolescência<sup>18</sup>, especificamente quando em contato com um

---

sexualmente excitada com a amputação, em contraposição com o gênero masculino, onde a excitação foi indicada por 72% dos pacientes (FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 923).

<sup>17</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 922.

<sup>18</sup> Apenas um dos entrevistados relatou que o desejo de amputação surgiu mais tarde, aos 62 anos de idade. No entanto, Michael First esclarece que esse participante se diferenciou dos demais em vários aspectos: “ele amputou nove dedos e duas pontas dos dedos por excitação erótica, arrancou a maioria dos dentes e fez tatuagens em 90% do seu corpo” (FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 924).

amputado. Nenhum dos entrevistados indicou os ganhos secundários com a amputação como motivo do desejo<sup>19</sup>.

Outro dado importante obtido da pesquisa diz respeito aos efeitos negativos do desejo de amputação não atendido sobre a vivência dos participantes. Sobre a questão, Michael First descreve que:

Quarenta e quatro por cento (n = 23) relataram comprometimento em qualquer função social (por exemplo, evitar relacionamentos porque interferiria nas oportunidades de fingir), função ocupacional (por exemplo, dificuldade em se concentrar em fazer o trabalho por causa do tempo gasto em fantasiar sobre ser um amputado) ou atividades de lazer (por exemplo, dificuldade de concentração ao ler um livro). 44% (n = 23) também relataram estar angustiados por terem esses pensamentos<sup>20</sup>.

Na tentativa de mitigar esses efeitos negativos, 65% dos entrevistados relataram que fizeram psicoterapia em algum momento de suas vidas – embora mais metade jamais tenha revelado ao terapeuta o seu desejo de amputação em razão do temor pelo diagnóstico de uma doença mental grave. No entanto, todos afirmaram que o acompanhamento profissional não reduziu a aspiração, e a mesma conclusão foi relatada por aqueles que fizeram uso de medicamentos (41%), embora tenham notado uma melhora geral no humor<sup>21</sup>.

Interessado nas semelhanças com a transexualidade, Michael First indagou aos participantes sobre os "sentimentos de querer ser do sexo oposto, ou ter a sensação de estar no corpo do sexo errado", mas apenas dez sujeitos (19%) declararam que sim. Em que pese os fenômenos não coincidam, o pesquisador conclui que a nova categoria de diagnóstico se assemelha ao Transtorno de Identidade de Gênero em diversos aspectos, em especial porque a maioria dos entrevistados indicou como motivo para o desejo de amputação um desconforto com

---

<sup>19</sup> Em estudo complementar realizado no ano de 2011, Michael First e Carl Smith reforçam essa conclusão, uma vez que a maioria dos pacientes acredita que a deficiência não exige cuidados especiais e se esforçam para viver da forma mais independente possível, o que, para eles, se configura como sinal de força e superação (FIRST, Michael B.; FISHER, Carl E. Body integrity Identity Disorder: The Persistent Desire to Acquire a Physycal Disability. **Psychopathology Journal**, Basel, v. 45, p. 3-14, nov. 2011).

<sup>20</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new tipe of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 924-925.

<sup>21</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new tipe of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 925-926.



um aspecto de sua identidade anatômica, que estaria em desacordo com a identidade desejada<sup>22</sup>.

Com base nessas semelhanças, Michael First sugere que o desejo de amputação não se configura – em todos os casos – uma parafilia, mas sim como uma “disfunção extremamente incomum no desenvolvimento do senso fundamental de quem é (fisicamente)”<sup>23</sup>. Neste sentido, recomenda o autor a adoção de um termo alternativo a “apotemnofilia”, sugerindo a utilização, ainda que provisória, da denominação “Transtorno de Identidade de Integridade Corporal” (sigla BIID, do inglês “*Body Integrity Identity Disorder*”).

Ressalvada a necessidade de pesquisas adicionais, o pesquisador vislumbra a inclusão do “Transtorno de Identidade de Integridade Corporal” no Manual de Diagnóstico e Estatísticas e Transtornos Mentais (DSM), confiando no desenvolvimento de tratamentos compatíveis, como uma psicoterapia adequada ou altas doses de medicação psicotrópica, e, em determinados casos, a realização da cirurgia eletiva de amputação.

Não obstante o próprio autor reconheça diversas limitações da sua pesquisa – tais como o modo de recrutamento dos participantes, a realização de entrevistas à distância, o tamanho relativamente pequeno da amostra, dentre outros – é inequívoca a importância desse trabalho para os estudos sobre o desejo de amputação voluntária, em especial por sua abrangência - até então inédita.

Em pesquisa complementar publicada posteriormente, em coautoria do Carl E. Fisher, Michael First sugere que o termo “Transtorno de Identidade de Integridade Corporal” deve ser alargado para incorporar o anseio por adquirir outros tipos de deficiência que não necessariamente impliquem em extirpação de um membro, como a cegueira, a surdez ou a paraplegia<sup>24</sup>.

Na oportunidade, os autores assumem, ainda, que, ao menos em alguns casos, a etiologia não é estritamente psicológica, e há um componente neurobiológico na gênese do desejo de amputação. Assim, sustentam que o motivo

---

<sup>22</sup> Sobre as semelhanças entre o desejo de amputação e a transexualidade, recomenda-se a leitura: LAWRENCE, Anne A. Clinical and Theoretical Parallels Between Desire for Limb Amputation and Gender Identity Disorder. **Archives of Sexual Behavior**, v. 35, n. 3, p. 263-278, jun. 2006.

<sup>23</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 926.

<sup>24</sup> FIRST, Michael B.; FISHER, Carl E. Body integrity Identity Disorder: The Persistent Desire to Acquire a Physical Disability. **Psychopathology Journal**, Basel, v. 45, p. 3-14, nov. 2011.



subjacente pode ser multifacetado, incluindo tanto a questão identitária quanto a sexual, que se manifestam de forma primária ou secundária, a depender das circunstâncias.

Neste panorama, Michael First e Carl Fisher propõem os seguintes critérios diagnósticos para o “Transtorno de Identidade de Integridade Corporal”:

- A) Um desejo intenso e persistente de se tornar fisicamente incapacitado de maneira significativa (por exemplo, amputado de um membro maior, paraplégico, cego), com início na adolescência;
- B) Desconforto persistente ou sentimentos intensos de inadequação em relação à atual configuração corporal “não desativada”;
- C) O desejo de se tornar fisicamente incapacitado resulta em consequências prejudiciais, manifestadas por um (ou ambos) dos seguintes itens:
  - (1) A preocupação com o desejo (incluindo o tempo gasto fingindo ser incapacitado) interfere significativamente na produtividade, nas atividades de lazer ou no funcionamento social (por exemplo, a pessoa não está disposta a ter um relacionamento próximo, porque dificultaria a possibilidade de fingir);
  - (2) As tentativas de se tornar realmente incapacitado resultaram em risco à saúde ou à vida dessa pessoa;
- D) O desejo de se tornar deficiente não é motivado principalmente pela excitação sexual ou por quaisquer vantagens percebidas ao se tornar deficiente
- E) O distúrbio não é uma manifestação de um processo psicótico (por exemplo, desejo de amputar um membro devido à convicção ilusória de que o membro pertence à outra pessoa), não se deve a uma condição neurológica primária, como a síndrome de negligência pós-AVC, e não se enquadra em outro transtorno mental, como Transtorno Dismórfico Corporal ou Subtipo de Transtorno Factício<sup>25 26</sup>.

Antes de Michael First e Carl Fisher, outros autores já apontavam a existência de uma etiologia neurobiológica para o fenômeno. Precusores deste diagnóstico, David Brang, Paul D. Mc Geoch e Vilayanur S. Ramachandran, pesquisadores do Center for Brain and Cognition da Universidade de Califórnia, identificam similitudes

---

<sup>25</sup> FIRST, Michael B.; FISHER, Carl E. Body integrity Identity Disorder: The Persistent Desire to Acquire a Physycal Disability. **Psychopathology Journal**, Basel, v. 45, nov. 2011, p. 12, tradução livre.

<sup>26</sup> À título de esclarecimento: “A negligência unilateral é uma das consequências do acidente vascular encefálico e geralmente resulta de lesão no lobo parietal direito, afetando as funções perceptivas visuais, espaciais e de atenção. No âmbito da funcionalidade, o paciente acometido tem dificuldade para perceber os estímulos do ambiente dispostos do lado contralesional” (OLIVEIRA, Tamara Pereira de; ARAÚJO, Rita de Cássio Tibério; SOARES, Edvaldo. Negligência unilateral pós-acidente vascular encefálico: atuação da Terapia Ocupacional. **Cad. Ter. Ocup. UFSCar**, São Carlos, v. 22, n. 2, p. 419-428, 2014).

entre o desejo de amputação e a síndrome neurológica denominada “somatoparafrenia”, que decorre de danos no lobo parietal direito, especialmente no lóbulo superior - responsável pela construção da imagem corporal<sup>27</sup>. Pacientes portadores dessa síndrome negam a propriedade de um membro do corpo e, com frequência, o atribuem a outras pessoas e/ou demonstram completa aversão.

Além da semelhança com a somatoparafrenia, afirmam os autores que a origem neuropsicológica restaria corroborada também pelo fato de o desejo ser quase três vezes mais comum na perna esquerda do que na perna direita – assimetria que não se justifica considerando-se apenas a gênese psicológica do fenômeno – e pela capacidade dos pacientes de traçar uma linha exata e, em regra, estável ao longo do tempo, indicando o lugar da amputação desejada.

Para testar sua hipótese, Brang, McGeoch e Ramachandran realizaram testes em dois indivíduos que apresentaram desejo de amputação, medindo a resposta da condutância da pele (SCR) – transpiração relacionada a mudanças de humor – ao realizar picadas acima e abaixo da linha de amputação desejada em cada perna. Observou-se que os pacientes apresentaram respostas diferentes em cada caso. Na hipótese de ser uma disfunção adquirida – como a somatoparafrenia, os pesquisadores argumentam que esta pode resultar na racionalização da discrepância pelo cérebro, de forma a negar a propriedade do membro. Por outro lado, tratando-se de uma disfunção congênita – considerando-se que os pacientes manifestavam o desejo desde a infância, a discrepância pode levar a sensação de que a área afetada não deveria estar lá, resultando, em última instância, no desenvolvimento do desejo de extirpação.

Para os autores, identificada essa possível origem neurobiológica, o tratamento para o fenômeno também deve ser desta ordem, de forma que manipulações fisiológicas em áreas cerebrais específicas podem apresentar bons resultados contra o desejo de amputação. Neste sentido, McGeoch et al sugerem a utilização da estimulação vestibular calórica fria (CVS) - adotada para o tratamento de somatoparafrenia, devido aos efeitos dessa técnica no lobo parietal direito.

Neste contexto, os pesquisadores recomendam, ainda, a adoção de um novo termo para descrever a “síndrome do lobo parietal direito”, qual seja: “xenomelia”,

---

<sup>27</sup> BRANG, David; MC GEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological desire. **NeuroReport**, v. 19, n. 13, p. 1305-1306, ago. 2008.

que significa, na tradução literal, “membro estrangeiro”<sup>28</sup>. Verifica-se na definição formulada por McGeoch et al que a ideia de uma identidade corporal desconforme permanece, mas, no entanto, aparece sob uma estrutura diversificada, diferente da proposta apresentada por Michael First em 2005, que indicava uma gênese psicológica para o desejo de amputação.

Em sentido muito diverso, Thomas M. Dunn e Ryan M. Moroze trazem à tona, em artigo publicado no ano de 2013, o caso de um indivíduo que pleiteia a amputação após sofrer um acidente automobilístico<sup>29</sup>. O paciente é um veterano de guerra que, aos 28 anos de idade, feriu gravemente seu braço, encerrando, assim, sua carreira militar. Apesar das lesões, a equipe médica responsável estava confiante quanto à possibilidade de recuperar o membro, preservando alguma sensação nos dedos e o movimento de abrir e fechar da mão, em que pese a inevitável incapacidade significativa. Inconformado com a situação, o paciente recusou a realização de qualquer procedimento que não fosse a amputação do braço danificado.

Submetido a uma avaliação psicológica para averiguar a sua capacidade de decidir, o militar afirmou que se envergonhava porque a sua condição debilitante não foi adquirida em combate, mas ocorreu por sua culpa, uma vez que não estava utilizando o cinto de segurança na ocasião do acidente. Desejava, então, a amputação do braço seriamente lesionado, demonstrando-se orgulho em poder utilizar uma prótese, como faziam os outros veteranos de guerra que perderam membros.

Conforme narrado por Thomas Dunn e Ryan Moroze, o paciente foi devidamente advertido sobre as consequências de sua decisão, incluindo a ocorrência de dores fantasma e as dificuldades na reabilitação. Embora a equipe médica tenha considerado que ele tinha plena capacidade para decidir sobre a amputação, estando consciente de suas escolhas, perderam o contato com o paciente após sua transferência para o Sistema de Cuidados de Saúde de Veteranos de Guerra. Diante do caso, os autores sugerem que este não é o único veterano de guerra que exige uma amputação após uma lesão, tratando-se de uma

---

<sup>28</sup> No grego antigo, *xeno* (estrangeiro) e *melia* (membro) (BRANG, David; MC GEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological desire. **NeuroReport**, v. 19, n. 13, ago. 2008, p. 1306).

<sup>29</sup> DUNN, Thomas M.; MOROZE, Ryan M. The Patient Requesting Amputation. **Open Journal of Medical Psychology**, v. 2, n. 4, p. 193-196, out. 2013.

categoria distinta de pacientes, que reclamam investigação específica e mais profunda, considerando o contexto em que estão inseridos.

No caso citado por Dunn e Moroze, o desejo de amputação surge após uma lesão, mas parece estar ligado à construção identitária do sujeito que, encerrada a carreira militar, deseja manter a sua honra perante os companheiros de profissão. No entanto, em outra direção, estudos realizados na década de 60 por Leontjew e Zaporozec identificaram que mais de duzentos soldados feridos em confronto não percebiam a sua mão reconstituída como antes da lesão, reputando-as como alienígenas ou clonadas<sup>30</sup>. Nesses episódios, o desejo de amputação parece ter correlação com ferimento sofrido naquele membro específico - e não com lesões cerebrais, como sugere McGeoch et al.

Em sentido semelhante, Oliver Sacks, após de ter uma experiência pessoal com o fenômeno, associou o desejo de amputação a ocorrência de uma lesão periférica. O autor é um neurologista e psiquiatra vinculado a Universidade de Columbia que, após ter a perna esquerda seriamente ferida em um acidente de montanhismo, afirma ter pedido a conexão com sua coxa e, ocasionalmente, desejado a amputação daquele membro.

No livro publicado pela primeira vez no ano de 1984, com o título “*A leg stand on*”, Oliver Sacks narra a sua experiência como paciente após a realização de uma cirurgia curativa, ao acordar no hospital e sentir que a sua perna estava pendurada ao lado da cama, descrevendo-a como “estrangeira”<sup>31</sup>. Mesmo com o sucesso do procedimento cirúrgico e o progresso na recuperação dos movimentos, o pesquisador conta que o membro permanecia dormiente e insensível ao seu toque, fazendo com que ele se sentisse desconectado com relação essa parte de seu corpo durante anos.

Como se percebe dessa breve apresentação, a literatura médica sobre o desejo de amputação não é uníssona, variando substancialmente com relação à etiologia, aos tratamentos possíveis e mesmo quanto a nomenclatura adequada para referir-se ao fenômeno.

Destaque-se, neste ponto, que o objetivo não é esgotar a bibliografia especializada sobre a temática, que, de fato, é deveras mais ampla que a exposição

---

<sup>30</sup> MULLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) - Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?. **The American Journal of Bioethics**, Stanford, v. 9, n. 1, p. 36-43, jan. 2009.

<sup>31</sup> SACKS, Oliver. **A leg to stand on**. New York: Touchstone, 1998.

ora realizada. De outro modo, busca-se contextualizar o tema, ampliando a literatura nacional por meio do relato das vertentes investigativas até então dominantes – que variam entre o diagnóstico de apotemnofilia, de transtorno de identidade de integridade corporal e de xenomelia. Ainda, do material exposto, colhe-se os elementos necessários para pensar as amputações voluntárias para além dos aspectos proibitivo e patologizante, como proposto no presente trabalho.

Diante da profusão de estudos que tentam oferecer uma explicação condizente ao desejo de amputação, Anna Sedda e Gabriella Bottini, adotando uma postura eminentemente crítica e cautelosa, afirmam a necessidade de uma abordagem multidisciplinar que considere, em sério, a subdivisão desses indivíduos em grupos para melhor análise da questão, diferenciando os pacientes unilaterais e bilaterais, a amputação de membros inferiores ou superiores, o desejo pela paraplegia e por outras privações sensoriais - como a surdez e a cegueira, por exemplo<sup>32</sup>. Nas palavras das autoras:

Em síntese, os resultados do estudo não convergem completamente e não podem ser considerados evidências conclusivas de uma etiologia neurológica para BIID. Os resultados das investigações psicológicas/psiquiátricas também não são mais convincentes em favor de uma motivação sexual ou de uma disfunção de identidade.

[...]

Uma separação estrita entre os métodos e as teorias da psicologia/psiquiatria e neurociência não parece ser a solução para entender uma condição tão complexa. Por outro lado, a integração de métodos neurocientíficos e psicológicos/psiquiátricos parece ser viável e desejável, apesar de desafiadora. Os estudos de neuroimagem que incluem ambas as premissas teóricas devem ser privilegiados, incluindo experimentos que exploram a representação corporal e os componentes psicológicos/sexuais. Além disso, as amostras a serem estudadas devem incluir diversas variantes do desejo, para elucidar se mostram diferenças<sup>33</sup>.

As pesquisadoras acrescentam, ainda, a necessidade de ponderação sobre aspectos sociais, éticos e legais do desejo de amputação e até mesmo da eventual realização de cirurgia eletiva, questões que, em regra, são negligenciadas pelos pesquisadores.

---

<sup>32</sup> Especificamente sobre as variantes da amputação e da paraplegia, pesquisadores da Universidade de Amsterdã e do Instituto Holandês de Neurociência concluíram, com base em um estudo realizado com 54 indivíduos diagnosticados com BIID, que não diferem em nenhum critério clínico. Recomenda-se a leitura: BLOOM, Rianne M.; HENNEKAM, Raoul; DENYS, Damiaan. Body Integrity Identity Disorder. **PLOS ONE Journal**, San Francisco, v. 7, n. 4, p.1-7, abr. 2012.

<sup>33</sup> SEDDA, Anna; BOTTINI, Gabriella. Apotemnophilia, body integrity disorder ou xenomelia? Psychiatric and neurologic etiologies face each other. **Neuropsychiatric Disease and Treatment**, v. 10, p. 1255-1265, jul. 2014.

Embora não se possa olvidar dos significativos avanços obtidos, como bem ponderado por Anna Sedda e Gabriella Bottini, em um contexto de profundas divergências, não parece suficiente abordar o desejo de amputação voluntária como um todo unitário, a maneira procedida pela literatura médica aqui descrita. De outro modo, percebe-se que o fenômeno é multifacetado e, ao menos a princípio, pode ter diferentes causas e tratamentos que reclamam dos médicos e dos operadores do direito abordagens também distintas.

Neste contexto, adotar-se-á no presente trabalho a expressão “amputação voluntária” em um sentido amplo para designar qualquer desejo de extirpação sem necessidade médica que justifique. Com essa definição não se pretende adotar uma abordagem unívoca sobre o tema - que fora acima criticada. Em sentido diverso, far-se-á a indicação das hipóteses específicas a que se faz referência quando a distinção for necessária.

Ainda, se a literatura clínica desenvolvida até então sobre as amputações voluntárias parece ser insuficiente para a sua compreensão, a situação se agrava quando consideramos a questão pelo viés ético-jurídico, conforme passa-se a analisar.

São pouquíssimos os autores que se debruçam sobre as implicações éticas e jurídicas das amputações voluntárias, sobretudo diante a ausência de consenso médico que paira sobre o fenômeno. Assim, limitam-se a destacar a necessidade de estudos adicionais antes que seja delineada qualquer posição, em especial quando o assunto é a realização do procedimento cirúrgico como medida de tratamento.

Em outra direção, Tim Bayne e Neil Levy, vinculados, respectivamente, ao Departamento de Filosofia da Universidade de Macquarie e ao Departamento de Filosofia Universidade de Melbourne Parkville, propõem-se a refletir sobre a possibilidade de realização da cirurgia de amputação de um membro saudável a pedido do paciente<sup>34</sup>.

Relatadas, criticamente, as hipóteses etiológicas do fenômeno, os autores sugerem que os modelos desenvolvidos pela literatura clínica podem não ser exclusivos e admitem a combinação de diferentes bases para o desejo de amputação – como indicam Anna Sedda e Gabriella Bottini, e Michael First e Carl

---

<sup>34</sup> BAYNE, Tim; LEVY, Neil. Amputees by choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, v. 22, n. 1, p. 75-86, 2005.

Fisher, acima referenciados. Em que pese a ausência de consenso médico na atualidade, Bayne e Levy se debruçam sobre os argumentos a favor da realização do procedimento cirúrgico considerando, para tanto, os resultados das investigações até então realizadas.

Neste sentido, seriam três os principais argumentos em defesa da realização da cirurgia de amputação. O primeiro deles diz respeito à minimização dos danos que, segundo os autores, deve ser considerado em sério, especialmente diante das diversas tentativas de autoamputação que colocam em risco a própria vida do indivíduo que padece dessa condição.

Em tal contexto, diante do diagnóstico de Transtorno de Identidade de Integridade Corporal – conforme parâmetros delineados pelas pesquisas clínicas já desenvolvidas, uma vez intentadas as medidas terapêuticas possíveis e considerado, *in casu*, o efetivo risco de autoamputação – a depender do nível de exasperação do paciente, Tim Bayne e Neil Levy sustentam que os médicos deveriam realizar o procedimento cirúrgico para evitar que a vida do indivíduo seja colocada em risco.

Um outro argumento a favor da cirurgia de amputação seria a autonomia do paciente, que representa a máxima da ética médica. Salientam os autores que, nos estudos clínicos realizados, constatou-se que os indivíduos que desejam a amputação não são incapazes de decidir e parecem compreender, racionalmente, a extensão do seu pedido, suas consequências e mesmo a sua anormalidade perante a sociedade.

Neste ponto, Bayne e Levy traçam um paralelo entre a cirurgia de amputação e a recusa de tratamento médico por motivos religiosos - como as Testemunhas de Jeová, que recusam procedimentos que envolvam sangue por entender que assim determina a bíblia sagrada. Segundo os autores, se a vontade do paciente é atendida quando ocorrem rejeições informadas e autônomas com relação a tratamentos que podem salvar sua vida, também devem ser respeitadas as solicitações informadas e autônomas para amputar um membro saudável.

Poder-se-ia objetar a esse argumento a impossibilidade de o paciente oferecer consentimento informado para a realização da cirurgia, uma vez que ele não sabe – e tampouco pode saber – como é, de fato, ser um amputado. A essa oposição, Bayne e Levy respondem que os indivíduos que padecem dessa condição, com frequência, simulam ser um amputado e vivenciam a rotina de um



deficiente físico, não sendo certo que desconhecem por completo a realidade da amputação. Ademais, salientam que este seria um padrão demasiado elevado para autonomia, que não é exigido em outros procedimentos médicos, mesmo naqueles mais invasivos. Nas palavras dos autores:

Permitimos que os indivíduos moldem seu corpo para um tipo de corpo idealizado, mesmo quando reconhecemos que essa imagem corporal foi formada sob pressão de considerações não racionais, como publicidade, normas de gênero e similares. Se isso vale para o indivíduo que procura cirurgia estética, que motivo existe para resistir a uma linha paralela de argumento para quem busca amputação? Certamente, o último indivíduo está tentando moldar seu corpo a um ideal que poucos de nós aspiram, e que se formou em condições que estão longe de serem perfeitas, mas por que esses fatos devem reduzir o gelo moral?<sup>35</sup>

Por fim, o terceiro argumento a favor da cirurgia de amputação seria o terapêutico, porquanto, ao que tudo indica, o procedimento põe fim ao sofrimento dos pacientes que, desde a tenra idade, almejam a extirpação daquele membro. Conforme relatado anteriormente neste trabalho, as pesquisas clínicas demonstram que o desejo pela amputação interfere substancialmente na vida dos pacientes, impedindo-os de ter uma vivência plena. Ainda, as mesmas pesquisas relatam que os indivíduos que alcançaram a amputação – por si próprios ou através de procedimento cirúrgico adequado - experimentaram uma expressiva melhora em sua qualidade de vida e dizem-se “curados”, uma vez que já não desejam a extirpação de outro membro.

Assim, constatada a ineficácia do tratamento medicamentoso e psicoterapêutico<sup>36</sup>, Bayne e Levy sustentam que, ao menos em alguns casos, a cirurgia de amputação pode ser o único meio de garantir o alívio do sofrimento desses pacientes, inexistindo métodos menos drásticos para alcançar esse objetivo.

De outro lado, ponderando também sobre os aspectos negativos de eventual autorização ao procedimento cirúrgico de amputação, os autores consideram a possibilidade de legitimação social do distúrbio, uma vez que ele seja reconhecido como uma “questão de identidade” sancionada culturalmente. Neste sentido, Bayne

---

<sup>35</sup> BAYNE, Tim; LEVY, Neil. Amputees by choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, v. 22, n. 1, 2005, p. 81.

<sup>36</sup> Bayne e Levy sugerem que o desenvolvimento de alguma forma de terapia cognitivo-comportamental e a combinação de drogas psicotrópicas podem ser eficazes para combater o desejo de amputação (BAYNE, Tim; LEVY, Neil. Amputees by choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, v. 22, n. 1, 2005, p. 83)



e Levy afirmam que “a própria consciência de um distúrbio pode contribuir para a sua proliferação”<sup>37</sup>. No entanto, concluem que esses receios são injustificados em razão do padrão social de normalidade que, irrevogavelmente, se vincula ao ideal de corpo íntegro e impede que o desejo de amputação se prolifere dessa forma.

Por sua vez, sob o viés de teorias feministas, Mitchell Travis, professor de Direito e Justiça Social da Universidade de Leeds, no Reino Unido, adota uma postura eminentemente crítica com relação a abordagem médica do fenômeno. Em sua pesquisa, o autor considera o desejo de amputação em um sentido amplo para englobar qualquer “referência à amputação em que não há razão fisiológica para a remoção de tecido saudável”<sup>38</sup>.

Neste panorama, para Mitchell Travis, a amputação eletiva rompe com o padrão hetenormativo que perpassa todo o Direito essencialmente em três níveis: (i) o físico, uma vez que desafia o ideal de integridade e saúde; (ii) o racional, porquanto o indivíduo almeja um alteração corporal visando a um padrão contrastante com a concepção normativa do corpo<sup>39</sup>; e (iii) o discursivo, visto que foi descrito como uma sexualidade desviante manifestada na forma de uma parafilia<sup>40</sup> – como traduz o termo “apotemnofilia” cunhado por John Money.

Considerando que o conceito jurídico de pessoa centra-se em um padrão de corpo masculino, íntegro e heterossexual, afirma o autor que as categorias “sexualidade” e a “racionalidade” são utilizadas para negar autonomia às pessoas que manifestam o desejo por realizar uma amputação eletiva - ao menos no que diz respeito à tomada de decisões relacionadas a essa questão. Tidos como irracionais e sexualmente desviantes, esses indivíduos “são impedidos de exercer a autonomia

---

<sup>37</sup> BAYNE, Tim; LEVY, Neil. Amputees by choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, v. 22, n. 1, 2005, p. 85.

<sup>38</sup> TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, p. 526-547, maio 2014.

<sup>39</sup> Mitchell Travis elucida que, diferente das cirurgias estéticas e da cirurgia de redesignação de gênero, a cirurgia de amputação contrasta profundamente com as concepções normativas de corpo, motivo pelo qual são tidas como irracionais e ilegítimas (TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, maio 2014, p. 545).

<sup>40</sup> Segundo o autor, embora as motivações sexuais sejam secundárias nos casos de amputação eletiva – conforme salientado no item precedente, “a suposta sexualidade desviante do amputado corrói a legitimidade de seus pedidos” (TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, maio 2014, p. 541).

sobre seus próprios corpos” e, temporariamente, relegados a condição de “não-pessoa”<sup>41</sup>.

Neste sentido, Mitchell Travis narra o caso paradigmático de Lily, uma francesa que, no ano de 2005, viajou ao Reino Unido com a intenção de provocar um “acidente” que levaria a amputação de suas pernas saudáveis acima do joelho. O local foi convenientemente escolhido: Forth Valley Acute Hospitals NHS Trust, região do Serviço Nacional de Saúde da Escócia em que trabalha o cirurgião Robert Smith – mundialmente conhecido após realizar, em 1997 e 1999, as cirurgias de amputação de membros saudáveis em dois homens.

Como a lei e o código de ética médica não permitiriam a amputação eletiva almejada, utilizando um carro alugado e alguns analgésicos, Lily imergiu as duas pernas em gelo seco com o objetivo de lesiona-las a tal ponto de a extirpação dos membros ser a única alternativa possível para a equipe médica que a atendesse.

Relata Mitchell Travis que, levada ao hospital, o médico que a atendeu concordou com o procedimento cirúrgico em um primeiro momento. No entanto, posteriormente, informou-a sobre a impossibilidade de realização, uma vez que o seu superior teria consultado o Parlamento, que recusou a cirurgia de amputação e determinou que qualquer pessoa que chegasse ao hospital naquelas condições deveria receber apenas os primeiros socorros necessários, para, na sequência, ser enviada a sua cidade/país de origem. Assim, Lily foi transferida para a França sem realizar a amputação cirúrgica, em um avião médico pago pelo próprio hospital escocês.

Após receber tratamento no hospital francês, a mulher voltou a se machucar utilizando-se do mesmo método, agora aplicado apenas em uma perna. Ciente do histórico da paciente, a equipe médica francesa também recusou a amputação e realizou mais de oito cirurgias para tentar recuperar o membro lesionado. No entanto, durante um desses procedimentos, Lily foi infectada com uma bactéria perigosa e precisou ter a perna amputada, demonstrando-se absolutamente contente com o resultado da cirurgia.

Com base na história de Lily, Mitchell Travis conclui que há uma ininteligibilidade discursiva em torno da manifestação do desejo de amputação, que

---

<sup>41</sup> TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, maio 2014, p. 527.

não é apenas ignorado, mas, em vários níveis, incompreensível. Neste sentido, o autor pondera:

Os desejos de Lily foram negados - não por razões médicas (a perna foi removida posteriormente) ou por razões puramente orçamentárias (a contratação de um avião médico sendo mais cara do que a cirurgia de amputação). A cirurgia foi negada por considerar o próprio desejo indigno de deliberação [...] A autonomia, nesses casos, é temporariamente suspensa<sup>42</sup>.

Também críticas à patologização do desejo de amputação, María Diéguez Porres e Ana González Rodríguez, psiquiatras espanholas vinculadas, respectivamente, ao Hospital Príncipe de Asturias e ao Centro de Saúde Mental de Chamartin, advertem que as dores humanas estão sendo transvestida como enfermidade mental que, como tal, careceriam de tratamento médico.

Neste contexto, as autoras alertam sobre o risco de que a patologização desses fenômenos encerre “toda possibilidade de integrá-lo como parte da experiência do ser humano ou de modificar as causas que o originam”<sup>43</sup>. Em suas palavras:

As pessoas que se encaixam nessas categorias ficam atadas inevitavelmente a necessidade de um tratamento para poder viver, a uma dramática restrição do significado pessoal e a uma externalização da responsabilidade que extermina por si mesma a possibilidade de sair do sofrimento. A vida não se trata, se vive<sup>44</sup>.

Por outro lado, adotando uma postura mais reticente com relação ao tratamento cirúrgico, Josephine Johnston e Carl Elliot, vinculados ao Centro de Bioética da Universidade de Minnessota, acusam Robert Smith de ter cometido um crime em sentido técnico, ao amputar os membros saudáveis daquelas pacientes em um momento que sequer haviam estudos clínicos mais consistentes publicados

---

<sup>42</sup> TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, maio 2014, p. 530.

<sup>43</sup> PORRES, María Diéguez; RODRÍGUEZ, Ana González. La falta como ideal: Apotemnofilia o la integridad de no estar completo. **Átopos: Salud Mental, Comunidad y Cultura**, Madrid, n. 4, sep. 2005. p. 42. Disponível em: <[http://www.atopos.es/pdf\\_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf](http://www.atopos.es/pdf_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2019.

<sup>44</sup> PORRES, María Diéguez; RODRÍGUEZ, Ana González. La falta como ideal: Apotemnofilia o la integridad de no estar completo. **Átopos: Salud Mental, Comunidad y Cultura**, Madrid, n. 4, sep. 2005. p. 41. Disponível em: <[http://www.atopos.es/pdf\\_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf](http://www.atopos.es/pdf_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2019.

a respeito<sup>45</sup>. Sustentam os autores que, embora o cirurgião tenha sido movido pela consideração do bem-estar psicológico daqueles indivíduos, um precedente preocupante foi aberto por sua conduta.

Johnston e Elliot preocupam-se com as repercussões legais da questão, especialmente com a possibilidade de responsabilização criminal dos médicos que realizarem o procedimento, ainda que contem com a solicitação e o consentimento expresso dos pacientes.

Segundo os pesquisadores, a cirurgia para a extirpação de um membro saudável é considerada uma “agressão” pelo direito consuetudinário e pelas leis estatutárias vigentes no Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia. Embora não exista uma vedação expressa neste sentido, Johnston e Elliot ponderam que os tribunais dificilmente considerariam a medida “adequada” ou “razoável”. Poderiam também considerar a conduta do profissional de saúde como “negligenciável”, diante da ausência de consenso médico sobre a adequação e eficácia do procedimento como forma de tratamento para essa condição clínica.

Ademais, os bioeticistas sustentam que, ainda que se abdique do benefício terapêutico para defender a autonomia de disposição do próprio corpo – do mesmo modo como são consideradas legítimas as cirurgias estéticas, os *piercings*, as tatuagens, e as esterilizações, por exemplo, esse argumento não impede que cirurgiões se recusem a realizar o procedimento de amputação. Neste sentido, considerando a aversão social que o fenômeno causa, os profissionais de saúde poderiam, legitimamente, opor escusa de consciência a sua realização, restando desobrigados perante os pacientes.

Além dos aspectos jurídicos, Johnston e Elliot suscitam também duas questões éticas imbricadas na eventual realização da cirurgia de amputação de membros saudáveis a pedido do paciente. A primeira delas diz respeito à falta de consenso sobre a adequação do tratamento cirúrgico para o fenômeno, que não foi submetido “aos rigorosos padrões de pesquisa e revisão ética que vieram a caracterizar a medicina científica sólida”<sup>46</sup>. Em tal contexto, os autores sugerem que esses indivíduos devem ser desencorajados a recorrer a um cirurgião e incentivados

---

<sup>45</sup> JOHNSTON, Josephine; ELLIOT, Carol. Healthy Limb Amputation: ethical and legal aspects. **Clinical Medicine**, Londres, v. 2, n. 5, p. 431-435, set./out. 2002.

<sup>46</sup> JOHNSTON, Josephine; ELLIOT, Carol. Healthy Limb Amputation: ethical and legal aspects. **Clinical Medicine**, Londres, v. 2, n. 5, set./out. 2002, p. 434.

a buscar ajuda de psicólogos e psiquiatras, profissionais estes que estariam em melhores condições de explorar a etiologia do desejo e os seus possíveis tratamentos.

Ainda, em sentido diverso de Bayne e Levy, Johnston e Elliot também ponderam sobre a possibilidade de disseminação do fenômeno que, uma vez reconhecido como um distúrbio psiquiátrico, passa a ser culturalmente sancionado. Nesta toada, os autores ponderam:

Comum ao surgimento da maioria dos distúrbios é o desenvolvimento de uma linguagem especializada para descrevê-los e de um conjunto de estruturas institucionais para detectá-los e tratá-los: diretrizes e recomendações formais de tratamento, instrumentos de diagnóstico, escalas de medição, um corpo de literatura especializada, e o reconhecimento formal no DSM e na Classificação Internacional de Doenças (CID). Uma vez que o desejo de amputação seja reconhecido como um distúrbio psiquiátrico formal, essas estruturas linguísticas e institucionais também podem ajudar a nutrir e moldar uma identidade social emergente.

Nesta conjuntura, concluem que, enquanto a opinião médica não se consolida, a realização da cirurgia de amputação pode ser tida como um ato criminoso, especialmente se consideradas as condições psiquiátricas dos pacientes, de modo que os profissionais da saúde devem ser absolutamente cautelosos antes de atender essas solicitações<sup>47</sup>. Das ponderações de Johnston e Elliot nota-se um posicionamento mais comedido diante do desejo de amputação que, ao menos em princípio, não deveria autorizar a realização do procedimento cirúrgico.

Embora seja sucinta essa exposição, nota-se que a questão das amputações voluntárias também suscita posicionamentos diferentes – senão absolutamente contrários – no que diz respeito às consequências éticas e jurídicas da eventual realização da cirurgia de extirpação.

---

<sup>47</sup> Assim como Johnston e Elliot, Macario Alemany, professor de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante, na Espanha, afirma que Robert Smith foi irresponsável ao realizar as cirurgias de amputação em seus pacientes, sugerindo que existe uma solução cirúrgica para um problema mental. O autor define sua conduta como “uma aposta diagnóstica arriscada”, uma vez que não teve em conta um diagnóstico fiável ou alternativas de tratamento menos lesivas. Em uma postura eminentemente protetiva, Alemany afirma que a manifestação de vontade do paciente capaz não é suficiente para legitimar a cirurgia de amputação, havendo que se considerar também a responsabilidade médica por seu bem-estar físico e psíquico. O autor defende, ainda, que, em última instância, para realizar a cirurgia de amputação, os médicos deveriam ter em conta os rigorosos procedimentos utilizados quando na aprovação de uma intervenção de redesignação sexual (ALEMANY, Macario. *Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los ‘wannabe’*. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, v. 18, p. 231-248, 2014).

Ainda, não se pode deixar de ressaltar, uma vez mais, que são poucos os trabalhos acadêmicos que se debruçam sobre essas questões<sup>48</sup>, que, em regra, são discutidas em torno de hipóteses gerais, sem o exame do caráter multifacetado das amputações voluntárias.

Por fim, em que pese o caráter embrionário das reflexões ora apresentadas, colhe-se daqui a ideia que germinou a proposta deste trabalho, qual seja: a possibilidade de abordar as amputações voluntárias para além do viés patológico que tem se mostrado preponderante na doutrina jurídica nacional, nos termos a seguir delineados.

## 1.2 A ATUAL COMPREENSÃO SOBRE AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

Em âmbito nacional, praticamente inexistem discussões sobre amputação voluntária, acredita-se devido à ausência de um caso paradigmático anunciado por grandes mídias, como ocorrido em outros países. No entanto, não quer dizer que o fenômeno não possa existir entre nós, considerando-se, especialmente, que a repulsa social gerada pelo desejo de amputação e o receio de um diagnóstico de doença mental impedem que os indivíduos exteriorizem seus anseios para terceiros.

Ainda assim, é possível encontrar na doutrina pátria abordagens esparsas sobre o desejo de amputação, sempre marcadas pela referência a uma hipótese longínqua, reputando-se a casos emblemáticos ocorridos no exterior, e, portanto, sem maiores esforços para situá-los no plano jurídico nacional.

Nestes trabalhos verifica-se que a amputação voluntária é interpelada pela doutrina brasileira diante do Código Civil de 2002, especificamente frente à determinação do seu artigo 13, que regula os atos de disposição do próprio corpo em vida. De tal modo, antes de expor a literatura jurídica nacional que aborda especificamente o tema, impende tecer algumas breves considerações sobre o direito ao próprio corpo na codificação civil.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo exclusivo à disciplina dos direitos da personalidade e, apesar de suas incongruências, a inovação foi recebida com

---

<sup>48</sup> As referências bibliográficas que dão suporte ao presente item também foram colhidas a partir de consulta ao Repositório Digital Institucional da Universidade Federal do Paraná.



louvor por parte da doutrina jurídica nacional. Isso porque, a inclusão de onze artigos em sua Parte Geral com vistas à proteção da pessoa em seus aspectos existenciais revela uma profunda reconfiguração de um sistema civil historicamente concebido em torno da propriedade privada<sup>49</sup>.

Tal inovação é, com frequência, atribuída à incidência da Constituição Federal de 1988 - concebida durante o processo de redemocratização, que consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e centro de todo o ordenamento jurídico, impondo a proteção da pessoa em concreto<sup>50</sup> também em sede infraconstitucional. Neste sentido, importa mencionar a definição formulada por Ingo Wolfgang Sarlet, que conceitua a dignidade da pessoa humana como:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>51</sup>.

Neste contexto, o próprio conceito de personalidade enquanto atributo genérico da pessoa foi revisitado<sup>52</sup>. Concebida tradicionalmente como característica intrínseca à espécie humana que independe do reconhecimento por parte do Estado – concepção típica das teorias do direito natural, a personalidade deixa de ser estabelecida *a priori* com base em fatores exógenos, e tomada de uma perspectiva estática, descolada da construção pessoal<sup>53</sup>. De outro modo, passa a se constituir

---

<sup>49</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

<sup>50</sup> Não mais a proteção do sujeito abstrato “reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, jul./set. 2008. p. 2).

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2axb85U>>. Acesso em: 26 de abr. de 2019.

<sup>52</sup> “Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um componente ético-jurídico inafastável ao que se subordina todo o direito é estreme de dúvida que, também no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos com vista a preservar e promover a dignidade da pessoa humana” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, jul./set. 2008. p. 4).

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

como categoria dinâmica, determinada pela produção individual e contínua da vida do sujeito<sup>54</sup>, a qual se soma a dimensão social porquanto o desenvolvimento da personalidade é, por natureza, comunicativo<sup>55</sup>.

Nada obstante, a previsão do Código Civil de 2002 parece não ter acompanhado – ao menos suficientemente – tais transformações. Em sentido diverso, optou o legislador por adotar uma tratativa rígida e excessivamente estrutural dos direitos da personalidade, que foram delineados entre os artigos 11 e 21 do diploma normativo por meio de previsões tipificadas, seguidas por soluções absolutas, definitivas e fechadas para o exercício de direitos que, por sua natureza, são fluídos<sup>56 57</sup>. E o exercício do direito ao próprio corpo em vida não escapa a essa abordagem.

Antes de adentrar especificamente na regulamentação dos atos de disposição do próprio corpo consubstanciada no artigo 13, é relevante destacar que a normativa do Código Civil não encerra o regime jurídico dos direitos da personalidade. Isto porque, como bem elucida Francisco Amaral, a personalidade tem um espectro amplo de manifestação, sem contornos fixos, o que torna dificultosa a formulação de uma disciplina jurídica completa e única<sup>58</sup>. Neste sentido, o autor português Paulo Mota Pinto advoga pelo necessário reconhecimento de um “direito geral de personalidade”, que teria como objeto “a *personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis*, e tutelaria a sua livre realização e desenvolvimento [...]”<sup>59</sup>. Por sua vez, a doutrina jurídica nacional majoritária erige a referida cláusula geral de personalidade sobre o princípio da

---

<sup>54</sup> MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

<sup>55</sup> MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra Portugal-Brasil**. Coimbra Editora, 2000. p. 149-246, grifo do autor.

<sup>56</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

<sup>57</sup> Para Elimar Szaniawski: [...] pode-se afirmar que o novo Código Civil, em matéria de direitos da personalidade, é casuísta, contrariando a moderna doutrina sobre a matéria que admite, ao lado da cláusula geral, direitos especiais de personalidade que se revelam em forma de cláusulas gerais menores, de tutela da personalidade humana [...] (\_\_\_\_\_. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 178-179).

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 284-285.

<sup>59</sup> Esse direito conferiria uma tutela geral que, para além de se adequar melhor à irredutível complexidade da personalidade humana – só podendo esta ser apreendida e tutelada numa perspectiva globalizante, pode incluir bens da personalidade não tipificados (MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra Portugal-Brasil**. Coimbra Editora, 2000. p. 68).



dignidade da pessoa humana instituído pela Constituição Federal de 1988, que torna desnecessário a enumeração legislativa de direitos específicos para que possa ser conferida tutela jurídica à personalidade<sup>60 61</sup>.

O artigo 13 do Código Civil de 2002 determina que, salvo por exigência médica, será defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Observa-se que o legislador elegeu aqui três critérios balizadores para a legitimação dos atos de disposição do próprio corpo, estabelecendo entre eles uma hierarquia. São eles: a exigência médica, a reversibilidade da medida sobre a integridade física da pessoa e os bons costumes.

O referido dispositivo possui redação muito semelhante ao art. 5º do Código Civil italiano, que se preocupou em estabelecer a possibilidade de disposição do próprio corpo, preservando, contudo, aspectos corporais tidos como “instrumentos referentes à persecução de determinadas finalidades de caráter público”, distante das preocupações propriamente relativas à saúde e a integridade física da pessoa<sup>62</sup>.

Nesta toada, o artigo 13 do Código Civil é alvo de diversas críticas, especialmente porque, em uma sociedade plural, o direito ao corpo pode se manifestar de formas muita variadas, e sempre renovadas com o desenvolvimento técnico, científico e mesmo artístico e cultural. Desse modo, em um contexto de constantes modificações, a opção do legislador de regula-lo por meio de balizas rígidas e precisas resulta em dificuldade de adequação do ordenamento jurídico ao contexto vigente. Nos dizeres de Anderson Schreiber:

---

<sup>60</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, jul./set. 2008. p. 15-16. No mesmo sentido, BODIN, Maria Celina Moraes. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 128. Ainda, SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 139

<sup>61</sup> Em sentido diverso, TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 509-546, para quem a cláusula geral de personalidade se consubstancia na privacidade.

<sup>62</sup> “Uma leitura contextualizada do art. 5º do Códice, à época em que ele foi feito, impõe-se pensar em um interesse superior do Estado na conservação de um indivíduo apto a adimplir suas funções fundamentais decorrentes das exigências do desenvolvimento demográfico, de defesa da pátria, de produção, além de também refletir a lógica proprietária e das determinações contratuais que perpassam todo o Código de 1942” (TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 530).

No afã de apresentar soluções definitivas para um problema de secular complexidade, [o Código Civil Brasileiro] acabou elegendo critérios puramente estruturais, que se mostram insuficientes e, pior ainda, incompatíveis com a realidade atual<sup>63</sup>.

Neste contexto, serão enunciadas aqui as principais ressalvas formuladas pela doutrina jurídica nacional com relação aos critérios elegidos pelo Código Civil quando na regulamentação do direito de disposição do próprio corpo.

Inicialmente, observe-se que ao critério terapêutico foi conferida supremacia sobre os demais, na medida em que, uma vez verificada a exigência médica, o ato de disposição do próprio corpo será legítimo, ainda que resulte em diminuição da integridade física do paciente e/ou contrarie os bons costumes.

Contudo, essa opção legislativa não deve passar imune de críticas, especialmente considerando que o referido dispositivo legal parece atribuir com exclusividade aos profissionais da saúde o poder de decidir pela (i)legalidade do exercício de um direito personalíssimo<sup>64</sup>.

Neste sentido, há que se ponderar que, em passado remoto e recente, a medicina cometeu diversos abusos contra a pessoa humana. De esterilizações forçadas<sup>65</sup> à realização de experimentos científicos sem o consentimento dos participantes<sup>66</sup>, as ciências médicas foram exercidas por séculos isentas de questionamentos éticos e jurídicos. Tida como a única detentora do saber científico rigoroso e imparcial sobre o corpo humano, acabou por transformá-lo em objeto de constante análise e aperfeiçoamento, olvidando-se do sujeito singular que o habita<sup>67</sup><sup>68</sup>, em claro desacordo com a concepção hodierna de personalidade.

---

<sup>63</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

<sup>64</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>65</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: \_\_\_\_\_; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009. p. 299-346.

<sup>66</sup> As autoras descrevem diversos episódios que vieram a público sobre a realização de experimentos em seres humanos em condições condenáveis, alguns dos quais patrocinados por recursos provenientes de instituições governamentais, ocorridos, inclusive, em regimes democráticos (GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002).

<sup>67</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012.

<sup>68</sup> Nada obstante, nas últimas décadas assistiu-se uma crescente contestação dos paradigmas médicos dominantes, com o questionamento do paternalismo e a reivindicação de autonomia pelos pacientes, iniciando um processo de reconfiguração das relações médico-paciente. Vide: CASCAIS, António Fernando. Genealogia, âmbito e objecto da bioética. In: SILVA, João Ribeiro; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (coord.). **Contributos para a Bioética em Portugal**. Lisboa: Cosmos, 2002. p. 47-136.

Não se pode desconsiderar, ainda, que, como toda ciência, a medicina oscila entre múltiplas abordagens e interpretações sobre um mesmo fenômeno, e, embora amparada em um arsenal de dados técnicos, inevitavelmente envolve opções ético-valorativas de seus profissionais e pesquisadores. Assim, longe de ser neutra, suas conclusões precisam, em certa medida, passar por interpelações externas, sendo criticável a concessão exclusiva de poder decisório no que diz respeito aos atos de disposição do próprio corpo, nos termos do artigo 13 do Código Civil.

Esclareça-se, neste ponto, que não se trata de refutar todo e qualquer saber médico que, inegavelmente, tem um papel fundamental para a promoção do bem-estar humano, sendo, inclusive, relevante para a atuação dos operadores do direito – como ocorre na realização de provas periciais, por exemplo. No entanto, é necessário assumir as suas instabilidades e a inevitável influência das concepções pessoais do profissional, que não devem ser imunes a eventuais questionamentos éticos e jurídicos.

Ainda sobre a supremacia do critério terapêutico estabelecida pelo artigo 13, insta ponderar que a previsão pode estimular uma abordagem patológica de atos de disposição do próprio corpo que, ao menos a princípio, não dizem respeito à saúde, mas estão relacionadas a questões culturais e identitárias da pessoa envolvida<sup>69</sup>. Assim, com amparo legal no referido dispositivo, a medicina pode ser invocada para atuar e decidir em campos que, eminentemente, não lhe pertencem, obscurecendo o exercício de um direito personalíssimo com o estabelecimento de limites externos e alheios a pessoa<sup>70</sup>.

Se pelos motivos expostos o critério da exigência médica é objeto de críticas incisivas pela doutrina jurídica nacional, melhor sorte não assiste a reversibilidade, que no artigo 13 vincula-se à integridade física do envolvido no ato de disposição do próprio corpo.

---

<sup>69</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 531.

<sup>70</sup> Essa crítica será retomada adiante, com a utilização dos aportes de Michel Foucault, especialmente contidos em: \_\_\_\_\_. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010.

Sobre a questão, Anderson Schreiber bem pontua que a redação do referido dispositivo legal sugere erroneamente que as diminuições temporárias são sempre permitidas e toleráveis para o direito, o que não pode prosperar<sup>71</sup>.

Por outro lado, diversos atos de diminuição permanente da integridade física não apenas são juridicamente tolerados, como são incentivados pela sociedade, independentemente de qualquer exigência médica que o justifique. É o caso das cirurgias estéticas embelezadoras, enaltecidas em mídias sociais e realizadas cotidianamente sem maiores questionamentos. Por conseguinte, a previsão rígida do artigo 13, que somente autorizaria os atos de disposição permanente se preenchido o critério terapêutico, não parece encontrar correspondência na realidade social<sup>72</sup>.

Outrossim, o critério da reversibilidade seria inadequado pela vinculação à integridade física da pessoa que pratica o ato de disposição. Não que o substrato material deva ser desconsiderado quando na averiguação da licitude do ato de disposição do próprio corpo, mas a doutrina jurídica majoritária sustenta a necessidade de também ter em conta o bem-estar psicológico do envolvido<sup>73</sup>.

Nada obstante as críticas acima delineadas, importa salientar que ainda permanece a importância do critério da reversibilidade no que diz respeito aos atos de disposição do próprio corpo, porquanto, em termos de liberdade substancial, a higidez física é elemento necessário para que uma pessoa tenha a efetiva possibilidade de realizar aquilo que valoriza - ainda que ela não seja tomada de modo absoluto, admitidas certas diminuições corporais em observância a outros valores constitucionais.

Por fim, o artigo 13 do Código Civil elege a cláusula geral dos bons costumes como limite aos atos de disposição do próprio corpo. De todos os critérios adotados pelo referido dispositivo legal, talvez este seja o que mais suscita controvérsias entre

---

<sup>71</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>72</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>73</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 528. No mesmo sentido: MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

os civilistas, chegando ao ponto de ter sua aplicabilidade questionada por parte da doutrina jurídica nacional<sup>74</sup>.

Isto, pois, historicamente, a cláusula de bons costumes foi utilizada por regimes conservadores a fim de oferecer suporte jurídico para a imposição de padrões da classe dominante, compulsando a normalização de comportamentos sociais tidos como indesejados por meio de políticas públicas de interdição das liberdades privadas<sup>75</sup>. Em virtude desse passado censurável, os bons costumes foram praticamente relegados ao esquecimento no direito civil brasileiro, que, em regra, não tem dedicado maiores esforços ao seu estudo, mesmo diante de sua retomada pelo Código Civil de 2002<sup>76</sup>.

Neste contexto, a aplicação dos bons costumes como limite aos atos de disposição do próprio corpo é objetada ante a ausência de um conteúdo minimamente preciso a ser manejado pelos operadores do direito, o que, inevitavelmente, resultaria em insegurança jurídica. Nas palavras de Anderson Schreiber, “a noção de bons costumes afigura-se tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento”<sup>77</sup>.

O autor cita como exemplo de práticas que poderiam ser consideradas violadores dos bons costumes a *body modification* e a *body art*, que implicam em alterações corporais substanciais com vistas a diferenciar um indivíduo dos demais ou tornar o corpo humano um meio de expressão para artes visuais. Não raro, as referidas manifestações suscitam repulsa por parte da sociedade por destoar do senso estético dominante. Nada obstante, defende Anderson Schreiber que não

---

<sup>74</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ainda: KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 41-71, jul./set. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2696/pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019, para quem o instituto é incompatível com a pluralidade e tolerância consignada na ordem democrática constitucional.

<sup>75</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017.

<sup>76</sup> Para Anderson Schreiber, “[s]eu ressurgimento no Código Civil explica-se menos por uma renovação do conceito de bons costumes que pela [...] desatualidade do projeto que deu origem à codificação de 2002” (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35).

<sup>77</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35.

podem atrair a rejeição do direito, tratando-se de expressões da liberdade que em nada afetam o espaço de atuação de terceiros<sup>78</sup>.

Por outro lado, parte da doutrina persiste na aplicação dos bons costumes, conferindo a essa cláusula geral um caráter eminentemente histórico a fim de sustentar a necessidade de sua reconfiguração no atual Estado Democrático de Direito. Neste sentido, tratando-se de termo jurídico de conteúdo indeterminado, as condições temporais e espaciais é que definem seus contornos, cabendo aos operadores do direito contextualizá-lo e vinculá-lo a novas funções voltadas à realização da dignidade da pessoa humana<sup>79</sup>.

Essa corrente doutrinária vem angariando adeptos no direito civil brasileiro, em especial após a publicação da tese doutoral de Thamís Dalsenter Viveiros de Castro, intitulada “Bons costumes no direito civil brasileiro” que, de maneira inédita, dedica-se exclusivamente ao estudo da cláusula geral de bons costumes, propondo não apenas um novo conteúdo, como também parâmetros interpretativos para sua aplicação no âmbito do Código Civil de 2002, em atenção à moralidade constitucional inaugurada a partir de 1988<sup>80</sup>.

Outrossim, para os autores que argumentam a favor da aplicação dos bons costumes em matéria de direitos da personalidade, a cláusula compreenderia, ainda, a extrapatrimonialidade inerente aos atos de disposição do próprio corpo<sup>81</sup>. Assim, quando exercida em favor de terceiro, o ato deve revestir-se de gratuidade, em decorrência dos imperativos da solidariedade social, sendo vedado, em todo caso, a sua comercialização<sup>82</sup>. Em que pese os esforços doutrinários, as propostas de releitura do instituto ainda são recentes e merecem maiores reflexões, porquanto ainda pesam sérias dúvidas interpretativas.

---

<sup>78</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36-37.

<sup>79</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017

<sup>80</sup> A esta obra, dedicar-se-á maior atenção em tópico próprio.

<sup>81</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 533.

<sup>82</sup> A cláusula de bons costumes compreenderia o dever de não mercantilização que “demanda uma postura de não instrumentalização da pessoa humana, a fim de afastar qualquer ato contrário à ideia de que os seres humanos são um fim em si mesmos, e não meio para a realização de interesses alheios” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 228).



De fato, é de se considerar que a interpretação da cláusula de bons costumes é deveras complexa em uma sociedade que tem por princípio o pluralismo social<sup>83</sup>, o que implica na coexistência pacífica das mais diversas concepções de mundo. Neste sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira adverte:

No âmbito de um Estado Democrático de Direito que tem como alguns de seus pilares a dignidade humana e o pluralismo jurídico, é perfeitamente possível que cada pessoa viva de acordo com um etilo de vida individualizado segundo as próprias concepções morais. Isso significa que cada um tem liberdade para definir questões fundamentais da própria vida, principalmente aquelas de caráter existencial, como os valores pessoais, bem como a forma de se expressar através do corpo. O corpo pode ser uma forma de exteriorizar a própria identidade e de se expressar na sociedade<sup>84</sup>.

Neste contexto, é especialmente preocupante a utilização dos bons costumes com escopo proibitivo para o exercício de um direito personalíssimo, como faz o artigo 13 do Código Civil quando na regulação dos atos de disposição do próprio corpo.

Por todo o exposto, o referido dispositivo legal pode ser considerado excessivamente paternalista ao impor restrições rígidas - por vezes, injustificáveis - ao exercício de direitos que, em regra, não produzem efeitos diretos na esfera jurídica de terceiros, dizendo respeito apenas a seu titular. Como bem observa Ana Carolina Brochado Teixeira, “o ordenamento impôs um *standard* mínimo de intangibilidade física pela vedação de certas práticas, como se soubesse o que é melhor para todas as pessoas indiscriminadamente, independente do seu próprio estilo de vida”<sup>85</sup>.

Conforme ressaltado anteriormente, o tema das amputações voluntárias, por si só, suscita profundas controvérsias. No âmbito jurídico nacional, sua confrontação com a controversa disposição do artigo 13 do Código Civil resulta em imediata rejeição, uma vez que se trata de ato de disposição do próprio corpo que implica em diminuição permanente da integridade física, tido como violador dos bons costumes

---

<sup>83</sup> BODIN, Maria Celina Moraes. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 131.

<sup>84</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 518.

<sup>85</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 528.



e, ainda, desamparado por um parecer médico uníssono sobre o caráter terapêutico do procedimento cirúrgico.

Neste sentido, uma vez contextualizado o direito ao próprio corpo na codificação civil brasileira, com breves considerações sobre os critérios estabelecidos pelo artigo 13, passa-se a expor a literatura jurídica específica sobre amputações voluntárias.

No âmbito jurídico nacional, Carlos Nelson Konder aborda especificamente o tema das amputações voluntárias no artigo intitulado “*O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos Wannabes*”. Com uma proposta de revisão da concepção de “consentimento” no âmbito do biodireito<sup>86</sup> - tanto em sua forma<sup>87</sup> como em seu conteúdo - o autor afirma que não há no ordenamento pátrio um “direito pleno ao próprio corpo”. De outro modo, em determinadas situações, a concordância do indivíduo com os atos de disposição corporal pode ser juridicamente limitada com vistas a preservar a dignidade da pessoa humana, ainda que em oposição a sua vontade manifestada. Nas palavras do autor:

O consentimento será necessário e suficiente quando traduzir uma manifestação do livre desenvolvimento da pessoa, mas não será idôneo a tornar legítimo um ato que causar afronta à dignidade daquele que consente, amplamente protegida, mesmo contra a sua vontade; uma tal sintonia, porém, somente pode se dar em face do caso concreto<sup>88</sup>.

Nada obstante, Konder reconhece que esses limites aos atos de disposição do próprio corpo nem sempre são claros, havendo, em determinados circustâncias, um espaço nebuloso entre o que se configura como manifestação da personalidade e o que caracterizaria um ato patológico de mutilação - hipótese esta em que o

---

<sup>86</sup> Entendido como “[...] um conjunto de normas de proteção à pessoa face à atividade científica e biomédica” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 45)

<sup>87</sup> Se, quanto ao conteúdo, o consentimento passa a ser vinculado à dignidade da pessoa humana, na forma, deve ser oferecido de maneira livre e esclarecida. Assim, o consentimento livre e esclarecido é definido por Konder como “a anuência, livre de vícios, do paciente, após a explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 61).

<sup>88</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 71.

ordenamento jurídico deve intervir em nome da preservação do indivíduo. E é neste espaço nebuloso que se encontraria as amputações voluntárias.

O autor adota o termo “*wannabe*” para se referir às “pessoas com um desejo compulsivo pela amputação de um membro específico”<sup>89</sup>, que se sentem extremamente desconfortáveis com um corpo “completo”, que seria incompatível com a sua identidade. Konder prontamente afasta a possibilidade de realização da cirurgia de extirpação, argumentando que as causas e os tratamentos para esse desejo ainda não foram cientificamente determinados. Nessas circunstâncias, opina o autor que, a princípio, a efetivação da amputação parece mais afrontar a dignidade da pessoa humana que realizá-la.

Em sentido oposto, Konder pondera que a cirurgia de redesignação sexual é autorizada pelo ordenamento jurídico pátrio enquanto tratamento adequado para a disforia de gênero, porquanto está amplamente embasada em estudos clínicos levados a cabo pelas ciências médicas. Neste sentido, afirma o autor que o “reconhecimento jurídico da mudança de sexo se pautou total e exclusivamente pela proteção à dignidade humana do transexual”<sup>90</sup>.

Dessa oposição estabelecida por Carlos Konder, percebe-se a predominância de uma abordagem patologizante das amputações voluntárias, que encontraria óbice na disposição do artigo 13 do Código Civil. Note-se, ainda, que o autor não menciona a violação aos bons costumes quando na análise da questão, considerando apenas a diminuição permanente da integridade física, que, em sua concepção, não poderia ser considerada legítima ante a ausência da função terapêutica.

Por sua vez, no capítulo de livro intitulado “Corpo, liberdade e construção da vida privada”, Ana Carolina Brochado Teixeira acompanha as conclusões de Carlos Konder, ampliando as nomenclaturas utilizadas para referir-se ao fenômeno - com a adoção dos termos “*wannabes*”, “*amputees-by-choice*” e “*body integrity identity disorder*”<sup>91</sup>. Ainda, Teixeira indica como possíveis causas para o desejo de

---

<sup>89</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 65.

<sup>90</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 70.

<sup>91</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 509-546.

amputação o anseio por receber uma atenção especial e a admiração que os *wannabes* sentem pela capacidade de superação de pessoas com deficiência.

Alinhando-se às conclusões acima descritas, Marcelo de Mello Vieira e Bráulio Lopes de Assis somam à análise das amputações voluntárias a preocupação com a eventual aplicação das normas de proteção da pessoa com deficiência àqueles que optaram por extirpar um membro saudável de seu corpo<sup>92</sup>. No trabalho “Autonomia privada e disposição do próprio corpo: apotemnophilia em debate”, os autores refletem sobre a possível desconsideração dos ganhos sociais advindos do microsistema dos direitos da pessoa com deficiência<sup>93</sup>, e questionam se a autorização do procedimento cirúrgico de amputação não configuraria uma supervalorização da autonomia privada do paciente.

Sugerem, por fim, a necessidade de ponderar as implicações éticas com relação aos profissionais de saúde, que não podem agir amparados tão somente na autonomia do paciente. Neste sentido, considerando o código hipocrático, na determinação das medidas terapêuticas os médicos também deveriam ter em conta o dever de beneficência e não-maleficência.

Observe-se que o artigo de Marcelo de Mello Vieira e Bráulio Lopes de Assis expande um pouco horizonte de discussão das amputações voluntárias no direito civil brasileiro. Neste sentido, a análise dos autores integra mesmo aspectos que vão além do exercício do direito a dispor do próprio corpo, para pensar efeitos diretos e indiretos sobre terceiros.

Em postura diversa, Anderson Schreiber acrescenta à discussão do tema que alguns profissionais de saúde já defendem a realização do procedimento cirúrgico de extirpação do membro saudável com vistas a evitar tentativas de autoamputação que, por fim, colocam em risco a própria vida do paciente. Diante do dissenso científico sobre a origem e o tratamento do desejo de amputação, e da problemática redação do artigo 13 do Código Civil – nos termos acima delineados, o autor pondera que

---

<sup>92</sup> VIEIRA, Marcelo de Mello; ASSIS, Bráulio Lopes. Autonomia privada e a disposição do próprio corpo: apotemnophilia em debate. In: STANCIOLI, Brunello Souza; ALBUQUERQUE, Letícia; FREITAS, Riva Sobrado de (coords.). **Biodireito e direito dos animais**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 312-327.

<sup>93</sup> Lei n.º 13.146/2015 – institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Controvérsias como aquelas envolvendo os *amputees-by-choice* e as cirurgias de mudança de sexo gravitam em torno de escolhas que não são biológicas, nem clínicas, mas ético valorativas, ainda que amplamente baseadas em dados técnicos. Para tais escolhas, um jurista não está menos habilitado que um médico. Se é verdade que aqui, como em todos os outros campos, a verdade jurídica não é verdade por inteiro, tampouco o será a verdade médica. O melhor remédio há de surgir não da prevalência de uma verdade sobre a outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas de um aberto diálogo no meio social<sup>94</sup>.

Com tais reflexões, Anderson Schreiber conclui que o referido dispositivo legal não sopesa adequadamente a tutela do direito ao próprio corpo frente a outros princípios vinculados à realização da pessoa humana, tais como liberdade sexual, liberdade de expressão e liberdade religiosa. Nota-se que o autor adota um posicionamento eminentemente crítico com relação a supremacia conferida ao critério terapêutico, que, em sua concepção, nem sempre se traduz no livre desenvolvimento da personalidade da pessoa envolvida.

Sob a perspectiva identitária<sup>95</sup> - enquanto aspecto do direito da personalidade, Joyceane Bezerra Menezes e Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves abordam as amputações voluntárias como ato de disposição sobre o corpo que pode integrar o processo de construção da identidade do indivíduo. As autoras não afastam, em todo caso, a complexidade do tema, mas abrem a possibilidade de qualificá-lo, para além de um transtorno psíquico, como modificação corporal que implica em fator de identificação de si mesmo.

Não obstante sejam críticas aos critérios estabelecidos pelo artigo 13 do Código Civil, Menezes e Gonçalves entendem que, enquanto tratado como patologia – como indicam as pesquisas clínicas até então realizadas, ao desejo de amputação voluntária deve ser dada a mesma resposta que a disforia de gênero, com o devido diagnóstico e acompanhamento médico, e permitida a cirurgia de extirpação somente quando o bem-estar psicofísico do paciente não puder ser alcançado de outro modo.

---

<sup>94</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

<sup>95</sup> [...] identidade como um elemento cambiante que integra a personalidade. Parte-se do pressuposto de que a pessoa escreve sua própria biografia a partir do exercício da liberdade, configurando-se como um ser irrepetível, dotado de singularidade transcendente a qualquer categoria abstrata (MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012).

Do exposto, percebe-se que o atual estado da dogmática civilista aponta os critérios rígidos estabelecidos pelo artigo 13 do Código Civil, embora o tema atinente às amputações seja tratado com estreita vinculação ao saber médico. Neste contexto, em regra, limita-se a afastar a possibilidade de amputação de um membro saudável ante a ausência de consenso médico sobre o caráter terapêutico da medida, que resultaria na violação da dignidade do paciente, embora atenda a sua vontade manifestada.

Ademais, apesar da concessão de poder decisório aos médicos – consoante o referido dispositivo legal, nota-se que não são feitos maiores esforços para colher as contribuições da literatura clínica especializada. Consoante delineado em item precedente, embora ausente um consenso sobre a etiologia e as possibilidades de tratamento do desejo de amputação, são muitas as perspectivas de abordagem da questão, que se consubstanciam na publicação de diversos estudos teóricos e empíricos, cada qual com suas conclusões parciais.

Em um recorte metodológico, neste trabalho busca-se compreender a questão das amputações voluntárias por outras lentes, que consideram, em especial, a liberdade de dispor do próprio corpo e eventuais limites para a intervenção do Direito nesta seara, conforme melhor evidenciado na sequência.

### 1.3 AS AMPUTAÇÕES VOLUNTÁRIAS SOB OUTRAS LENTES: REFLEXÕES EM TORNO DAS LIBERDADES NEGATIVA E POSITIVA

A reflexão sobre as demandas por amputação de membros saudáveis, inevitavelmente, invoca questionamentos atrelados aos limites do exercício da liberdade. Esse termo é objeto de intensas disputas teóricas a fim de conceber qual seria o seu verdadeiro sentido, se consubstanciaria uma acepção negativa ou positiva, individual ou coletiva, formal ou substancial.

Refutando a possibilidade de se trabalhar com uma única acepção de liberdade – em qualquer de seus perfis, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk advoga por uma concepção plural “[...] que se dirija à dimensão existencial das pessoas em relação”. Nas palavras do autor:

Essa dimensão emancipatória não é fundada na lógica da liberdade negocial (expressão da autonomia privada), categoria patrimonialista que tradicionalmente instrumentalizou a liberdade no Direito Civil, mas em uma liberdade mais ampla, de ter identidade própria e assegurar a reprodução

de sua subjetividade. Trata-se de uma concepção ampliada da liberdade, que reconhece seu caráter plural e concreto<sup>96</sup>.

Aqui, o afastamento de um conceito unívoco se justifica justamente pela necessidade de tutela do “[...] pluralismo de concepções particulares de ‘bem’, que acabam por informar diferentes compreensões sobre o que pode significar ser livre”<sup>97</sup>. Neste sentido, as pretensões conceituais unitárias que buscam afirmar o que seria “a verdadeira liberdade”, além de insuficientes para apreender a amplitude de sua manifestação, podem se configurar como expressões autoritárias.

Para o escopo do presente trabalho, importa ponderar sobre eventuais limites à restrição da liberdade negativa imposta pelo Estado, a impedir a realização da amputação voluntária nos termos do artigo 13 do Código Civil, ainda que se trate de direito ao próprio corpo que não interfere, ao menos diretamente, na esfera jurídica de terceiros. Ademais, nestes casos, impende refletir sobre a possibilidade de exercício da liberdade positiva pela pessoa na conformação de seu corpo enquanto uma manifestação da personalidade que vai além da perspectiva patologizante do fenômeno, até então dominante.

Não se descuida que outros perfis de liberdade estejam envolvidos na análise das amputações voluntárias, especialmente considerando os reflexos mediatos nas relações familiares do amputado e na sociedade de um modo geral – tais como efeitos previdenciários, tributários ou trabalhistas decorrentes da condição de deficiente físico, que, todavia, não são objeto deste estudo. Nada obstante essas questões também sejam essenciais para uma compreensão completa do fenômeno, ultrapassam os modestos objetivos deste trabalho, devendo ser abordados em estudos complementares.

Ainda, antes de adentrar nos aportes teóricos específicos sobre a liberdade negativa e positiva, necessário destacar a insuficiência do conceito de “autonomia privada” para pensar a liberdade no âmbito do Direito Civil. A referida construção dogmática - que se principia a partir do século XIX e perpassa a racionalidade dos códigos civis então instituídos - equivale a “uma liberdade formal, que assegura um

---

<sup>96</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 4.

<sup>97</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 24.



espaço de não coerção, no qual os indivíduos podem autorregulamentar seus interesses privados”<sup>98</sup>, nomeadamente aqueles relativos à propriedade de bens<sup>99</sup>.

Vê-se desse conceito a confluência de diferentes perfis de liberdade: (i) a liberdade formal, enquanto possibilidade de atuação garantida pela positivação em lei; (ii) a liberdade negativa, consubstanciada na proteção do indivíduo da ingerência externa, especialmente com relação ao Estado; e (iii) a liberdade positiva, entendida, neste ponto, como a possibilidade de fazer da vontade uma fonte de normatividade para as partes envolvidas na relação negocial”<sup>100</sup>.

Ocorre que, hodiernamente, a pessoa já não é apenas um elemento da relação jurídica, tampouco um mero sujeito proprietário. Neste sentido, o conceito de autonomia privada, tal qual delineado no âmbito do Estado moderno – eminentemente patrimonialista e centrado no indivíduo abstrato – já não é suficiente para proteger e promover a pessoa em concreto. Primeiro porque não apreende a liberdade substancial enquanto efetiva possibilidade material de realizar aquilo que se valoriza. Segundo porque não reconhece a juridicidade de manifestações de liberdade positiva não inscritas no negócio jurídico<sup>101 102</sup>.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se a verticalizar os perfis de liberdade negativa e positiva, tendo como referencial a tese de Carlos Eduardo

---

<sup>98</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 1.

<sup>99</sup> A expressão jurídica dos conceitos filosóficos de liberdade centrou-se, especialmente, no individualismo proprietário. Em outras searas, como na família, a liberdade era balizada, senão tolhida (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 109 -110)

<sup>100</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 111.

<sup>101</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 130.

<sup>102</sup> “A licitude da liberdade exercida importa simultaneamente o reconhecimento de sua jusfundamentalidade, pelo que a ausência de chancela jurídica de sua vivência pode consistir em um déficit inadmissível de proteção de um direito fundamental, sem que a restrição se justifique com base em outros valores constitucionalmente assegurados” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 135).



Pianovski Ruzyk<sup>103</sup> e como marcos teóricos as obras de Isaiah Berlin e Mary e Oscar Handlin.

Embora assuma a porosidade do termo “liberdade”, o sentido negativo é preferido por Isaiah Berlin, que assim a define como o espaço em que o sujeito pode fazer e ser o que quiser sem a intervenção de outras pessoas<sup>104</sup>. Para o teórico, as interferências deliberadas de outros seres humanos em áreas em que a pessoa agiria de outra forma implica em coerção, sendo maior a liberdade quanto maior a área de não interferência. Em suas palavras: “Coagir um homem é privá-lo de liberdade”<sup>105</sup>.

Em que pese Isaiah Berlin não vincule, necessariamente, o exercício da coerção à atuação estatal – assumindo a possibilidade de ela decorrer da ação de outros agentes, na tradição dos liberais “*libertarians*” o Estado é visto como o principal elemento a ser limitado em prol da liberdade

O teórico expressamente coloca-se em oposição a aceção de liberdade positiva, que estaria atrelada a um ideal de racionalidade, de tal modo que ser livre seria agir como seu próprio senhor em um exercício despojado de paixões. Assim define o autor:

O sentido positivo da palavra liberdade deriva do desejo do indivíduo de ser seu próprio mestre [...]. Isto é ao menos parte do que eu quero dizer quando falo que sou racional, e que essa é a razão que me distingue como ser humano do resto do mundo. Desejo, acima de tudo, ter consciência de mim mesmo como um pensador, disposto, ativo, tendo responsabilidades por minhas escolhas e capaz de explica-las com referências às minhas próprias ideias e propósitos<sup>106</sup>.

Tendo em conta essa definição, Isaiah Berlin afirma que a liberdade positiva poderia ser utilizada para coagir uma pessoa em benefício dela própria, argumentando-se que ela age daquele modo porque não está sob o domínio da

---

<sup>103</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

<sup>104</sup> BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

<sup>105</sup> BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

<sup>106</sup> BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

razão<sup>107</sup>. Neste sentido, haveria um “verdadeiro eu” racional coincidente com a liberdade, e o homem guiado pela natureza ou pelas paixões não seria realmente livre.

Na ausência e mesmo impossibilidade de delinear um conteúdo para esse padrão de racionalidade, Berlin receia que liberdade positiva seja instrumentalizada por uma entidade qualquer, podendo ser identificada com a comunidade em detrimento do indivíduo e, em última instância, oferecer substrato a regimes tirânicos. Tal configuração seria evitável com a prevalência da liberdade negativa.

O pluralismo, com a medida da liberdade ‘negativa’ que implica, parece-me mais verdadeiro e mais humano que os objetivos daqueles que procuram maior disciplina, estruturas autoritárias do ideal do autodomínio ‘positivo’ por classes, povos, ou por toda a humanidade. É mais verdadeiro, porque ele, ao menos, reconhece o fato de que os objetivos humanos são muitos, não todos eles comensuráveis, e em rivalidade perpétua uns com os outros<sup>108</sup>.

Em contraposição, esclarece Carlos Pianovski que a liberdade positiva não está necessariamente atrelada a escolhas exercidas dentro de um espectro de racionalidade, que definiria o que é “agir verdadeiramente livre”<sup>109</sup>. Como sustenta Carlos Santiago Nino ao desqualificar o perfeccionismo, as ações e atitudes do indivíduo devem ser avaliadas de acordo com os seus efeitos sobre aquilo que a própria pessoa entende como qualidade de vida – em respeito ao princípio da dignidade humana – e, havendo uma debilidade na vontade dentro deste parâmetro, o paternalismo estatal seria legítimo<sup>110</sup>. Desse modo, o exercício da liberdade positiva enquanto poder de decidir os rumos de sua própria vida pode englobar também a possibilidade de tomar escolhas que, eminentemente, não são racionais.

---

<sup>107</sup> BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

<sup>108</sup> BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

<sup>109</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 27.

<sup>110</sup> A autonomia é um direito *a priori* para Nino, visto que resulta das condições e pressuposições do discurso moral, e não do discurso moral em si. Segundo o autor, apenas os atos de autonomia que geram danos a terceiros, colocando-os em situação de menor autonomia relativa – e desrespeitando assim, o princípio da inviolabilidade humana – podem justificar a interferência do Estado, de forma que os atos de autonomia autorreferente não poderiam ser impedidos, exceto, como mencionado, nos casos de déficit da vontade, que deve ter como parâmetro aquilo que o próprio indivíduo considera uma vida boa (NINO, Carlos Santiago). **Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1989).

Sob outra perspectiva, Oscar e Mary Handlin afirmam a insuficiência de se pensar a liberdade apenas em termos negativos. Os pesquisadores do Centro de Estudos da História da Liberdade na América da Universidade de Harvard<sup>111</sup> assumem a condição complexa que caracteriza a liberdade, e se propõem analisá-la no contexto nacional norte-americano. Contudo, o estudo promovido por Oscar e Mary Handlin não se centra na elaboração de um conceito de liberdade, mas nos significados que o termo assume naquela conjuntura<sup>112</sup>.

Segundo os autores, embora ausente um consenso sobre o termo, na modernidade a liberdade tem sido entendida em termos negativos, como um espaço livre da interferência estatal. Desse modo, a maior parte da bibliografia sobre o assunto dedica-se ao estudo dos fatores que limitam o poder do governo no exercício dessas interferências, em especial no âmbito do direito constitucional<sup>113</sup>.

Conquanto reconheçam que o desenvolvimento e a prevalência da liberdade negativa decorrem de determinadas condições históricas, Oscar e Mary Handlin condenam essa definição por reduzir a utilidade da liberdade ao toma-la apenas do ponto de vista de suas eventuais violações e em determinadas áreas do campo social. Segundo os autores: “[o]s livros escritos desse ponto de vista consideram especialmente as infrações da liberdade, isto é, mais o que ela não é do que o que ela é”<sup>114</sup>.

De outro modo, uma melhor abordagem da liberdade deveria ser feita no seu sentido positivo, considerando que a principal questão em torno do tema diz respeito aos atributos que efetivamente tornam uma sociedade livre. Neste sentido, Oscar e Mary Handlin definem a liberdade positiva enquanto poder, “capacidade [do

---

<sup>111</sup> Fundado em 1958 com vistas a examinar os elementos caracterizadores da formação da liberdade americana, quase sempre considerada como produto de forças naturais (HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 13).

<sup>112</sup> Neste sentido, reúnem nove hipóteses de significação, quais sejam: (i) A liberdade não significava a negação, mas o próprio uso do poder; (ii) O poder devia ser organizado e exercido dentro de métodos definidos; (iii) Havia limites além dos quais o poder não devia ser usado; (iv) O poder podia ser usado para alguns fins e não para outros; (v) Esferas importantes da ação social deviam ser entregues, nos Estados Unidos, às associações sem faculdades de coerção; (vi) Essas, porém, não podiam agir de modo conspiratório; (vii) O poder podia ser usado para aumentar a riqueza da nação, porque os métodos justos de distribuição asseguravam a todos igual acesso à riqueza; (viii) A estrutura social dos Estados Unidos encorajou a mobilidade social; (ix) Os esforços do passado para restringir o escopo da mobilidade não foram coroados de êxito (HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 17-18).

<sup>113</sup> HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 19-20.

<sup>114</sup> HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 21.

indivíduo] de agir e fazer os outros agirem”. Consiste, pois, “[n]a extensão de seu poder e sua relação para com poder dos outros. Estará, portanto, não na negação, mas no uso do poder, o conceito da liberdade em ato”<sup>115</sup>.

Assim, colhe-se dos trabalhos de Oscar e Mary Handlin que a liberdade deve ser pensada em termos de poderio sobre si mesmo na conformação de um plano de vida próprio. Nota-se, pois, que se trata de uma liberdade da pessoa tida em concreto, que se constrói através de sua vivência em coexistencialidade.

Nada obstante tal concepção, consigne-se que remanesce a importância da liberdade negativa enquanto preservação de algum espaço ao sujeito em que terceiros, seja o Estado ou a sociedade, não podem intervir. Isto, pois, é imprescindível considerar as diferentes concepções particulares de bem que guiam a vivência de cada pessoa, sendo vedada a imposição de padrões externos nessas searas – ressalvada a necessidade de tutela de outros valores garantidos constitucionalmente.

Contributo a essa pluralidade de concepções de “bem” e revelador da insuficiência de um único perfil de liberdade, é o conceito de “liberdade social” em John Stuart Mill<sup>116</sup>. Definida na obra “*On liberty*” em termos de liberdade negativa<sup>117</sup>, a “liberdade social” argumenta contra a imposição de uma moralidade externa ao sujeito em questões que apenas lhe dizem respeito, ainda que essa moralidade figure como a concepção de uma maioria<sup>118</sup>. Assim, aspectos da vida privada da pessoa devem ser colocados à salvo da intervenção estatal, desde que não causem danos a terceiros e não violem valores assegurados pela Constituição.

---

<sup>115</sup> HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 27-28.

<sup>116</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 99-100.

<sup>117</sup> Consiste “[n]a natureza e [n]os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. [E-book] Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011).

<sup>118</sup> “Mas o mais forte de todos os argumentos contra a interferência do público na conduta que só diz respeito ao próprio é que, quando de fato interfere, o mais provável é que interfira de forma errada, e no lugar errado. No que diz respeito a questões de moralidade social, de dever para com outros, [...] a opinião de uma maioria semelhante, imposta como uma lei à minoria, sobre questões de conduta que só dizem respeito ao próprio, tem tanta probabilidade de estar enganada como de ter razão; pois nestes casos a opinião pública significa, na melhor das hipóteses, as opiniões de algumas pessoas sobre o que é bom ou mau para outras pessoas; ao passo que muito frequentemente nem sequer isso quer dizer [...]” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. [E-book] Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011).

Vê-se que, se a liberdade negativa como “espaço de não coerção estatal” é insuficiente para alcançar uma “pretensão emancipatória da pessoa em relação” – conquanto não tem o condão de “assegurar proteção efetiva à liberdade vivida pelos indivíduos, na chancela de suas opções de vida”<sup>119</sup> - permanece sua relevância na preservação de um espaço privado de interferências externas, ainda que amparadas em argumentos coletivistas.

É com base nessas considerações sobre os perfis de liberdade negativa e positiva que se pretende (re)pensar a atual abordagem das amputações voluntárias. Isto, pois, conforme delineado nos itens precedentes, as demandas por extirpação de membros saudáveis têm sido recusadas sob o argumento da violação da dignidade da pessoa humana, ainda que o sujeito tenha requerido o procedimento de forma consciente. Outrossim, a questão no direito brasileiro tem sido analisada em confronto com a disposição do artigo 13 do Código Civil, que regula o direito de dispor do próprio corpo enquanto uma manifestação da personalidade, especialmente no que tange ao critério terapêutico.

Neste sentido, nos capítulos que seguem intenta-se colher aportes de referenciais teóricos diversos para repensar, em termos de liberdades negativa e positiva, o tratamento concedido as amputações voluntárias, tendo em vista a incidência do paradigma constitucional sob o direito civil.

---

<sup>119</sup> A liberdade vista apenas em termos negativos, sobretudo se pensada em suas repercussões no Direito, pode significar uma limitação da relevância jurídica das escolhas ao momento de sua realização, sendo indiferentes, porém, suas consequências. Em outras palavras, tratar-se-ia de reconhecer que as pessoas são livres para querer e agir, mas esse querer e esse agir não importam necessária proteção jurídica em suas consequências (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 30).

## **CAPÍTULO II**

### **A INTERVENÇÃO ESTATAL PARA A PROTEÇÃO DO SUJEITO DE SI MESMO: UMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE NEGATIVA DA PESSOA QUE DESEJA A AMPUTAÇÃO**

Consoante assinalado anteriormente, as amputações voluntárias suscitam questionamentos sobre os limites ao exercício da liberdade. Ainda que se trate de ato de disposição do próprio corpo que, ao menos em princípio, não produz efeitos diretos na esfera jurídica de terceiros, parte-se da premissa de que intervenções externas podem ser necessárias nestes casos, considerando não apenas a tutela de outros bens protegidos pela Constituição, como também o própria liberdade do sujeito, tomada em seu aspecto substancial. Isto, pois, embora não deva ser pensada de modo absoluto, a higidez física é elemento essencial para que uma pessoa tenha a efetiva possibilidade de realizar aquilo que ela própria valoriza. Neste sentido, podem-se admitir interferências do Estado em searas que, em regra, consubstanciariam um espaço de liberdade negativa do sujeito.

Nada obstante, de acordo com a proposta do presente trabalho, é imprescindível ponderar sobre eventuais limites a essas restrições da liberdade negativa impostas pelo Estado que, nos termos do artigo 13 do Código Civil, impedem a realização da cirurgia de amputação voluntária.

Em confronto com o referido dispositivo legal, note-se da literatura jurídica acima exposta que, tratando-se de diminuição permanente da integridade física, apenas a determinação médica sobre o caráter terapêutico do procedimento cirúrgico teria o condão de legitimar a amputação. Neste contexto, observa-se que não há recurso expresso à cláusula de bons costumes, cingindo a questão à ausência de consenso científico sobre o caráter terapêutico da medida de extirpação.

Ainda, conforme evidenciado no capítulo precedente, a dignidade da pessoa humana tem sido invocada pela doutrina jurídica nacional para justificar a negativa ao pleito de amputação voluntária. Neste sentido, embora os estudos clínicos até então realizados concluam pela capacidade de decidir desses pacientes – tratando-se de pessoas que, em geral, estão em pleno gozo de suas faculdades mentais – o desejo de amputação é prontamente afastado em razão da necessidade de proteger

o sujeito de si mesmo, violada a sua dignidade na hipótese de autorização da cirurgia de extirpação.

Neste contexto, no presente capítulo intenta-se pensar a questão das amputações voluntárias sob outro viés, enquanto uma restrição à liberdade negativa da pessoa envolvida, ponderando a respeito dos critérios até então utilizados para afastar o pleito de extirpação.

## 2.1 A CONTROVÉRSIA SOBRE O CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA: O RISCO DE SUJEIÇÃO AOS BONS COSTUMES E O DESACOPLAMENTO DA LIBERDADE NA DEFESA DA PESSOA CONTRA A SUA VONTADE

A determinação expressa do artigo 13 do Código Civil, por si só, seria suficiente para afastar o pleito de amputação voluntária, porquanto desatendidos todos os critérios elegidos pelo legislador - a finalidade terapêutica, a reversibilidade da medida sobre a integridade física do sujeito e os bons costumes. No entanto, observa-se o recurso expresso ao princípio da dignidade da pessoa humana para negar a realização do procedimento cirúrgico de extirpação. Neste sentido, ainda que ausentes efeitos diretos sobre terceiros e em atendimento a vontade manifestada pela pessoa, autorizar a amputação voluntária resultaria em violação a sua dignidade.

Ocorre que, assim como a liberdade, a dignidade da pessoa humana é um conceito objeto de intensas disputas teóricas a fim de conceber qual o seria o seu verdadeiro sentido. Erigida pela Constituição Federal de 1988 como fundamento da República<sup>120</sup> cuja incidência reflete sobre todo o ordenamento jurídico, a doutrina nacional dedica grandes esforços ao seu estudo, contudo, sem vigorar um acordo razoável sobre o seu conteúdo.

Nesta toada, observa-se nas decisões dos tribunais pátrios a invocação da dignidade humana nas variadas searas do direito, com alcance e em sentidos muito

---

<sup>120</sup> Constituição Federal de 1988, art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.



diversos – quando não, opostos – sem maiores preocupações teórico-metodológicas quanto a sua fundamentação<sup>121</sup>.

O mesmo fenômeno se verifica em diversos países que adotaram a dignidade da pessoa humana em seus ordenamentos jurídicos, conforme alerta Günther Frankenberg, considerando especialmente o contexto alemão. O professor de Direito Constitucional da Universidade de Frankfurt coloca-se em uma postura eminentemente crítica com relação aos contornos que a dignidade da pessoa humana tem assumido nas últimas décadas ante a ausência de um conteúdo razoavelmente delimitado e a dificuldade de alcançá-lo<sup>122</sup>.

Em suas considerações, salienta o autor que, em que pese tenha se observado um processo de positivação da dignidade humana como princípio jurídico - verificado em meados do século XX, em especial a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>123</sup> - o referido movimento não foi acompanhado do delineamento de sua significação.

Sob influência do pensamento kantiano, a dignidade humana despontou na modernidade de forma secularizada<sup>124</sup> e associada ao exercício da razão<sup>125</sup>. Nada obstante, segundo Frankenberg, tal concepção não foi absorvida pelas declarações

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. O autor justifica a invocação da dignidade humana como “mero esforço argumentativo” na jurisprudência nacional com base na estrutura do texto constitucional de 1988: “É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica” (p. 115). Nada obstante, Barroso entende que é necessário tornar mais substantivo o conceito de dignidade no âmbito jurídico nacional, propondo, na obra referenciada precisar sua natureza e a definir um conteúdo mínimo.

<sup>122</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 305-320.

<sup>123</sup> Desde então, a dignidade da pessoa humana passa a integrar o texto de pactos e convenções internacionais, bem como de diversas Constituições nacionais e estaduais. Assim, a dignidade deixa de ser um “dom divino” para tornar-se um produto legislativo (FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 306).

<sup>124</sup> A história remota da dignidade da pessoa humana aponta uma origem divina decorrente de uma construção teológico-filosófica: “presente divino da razão humana”, “imagem de Deus no homem” ou “dom obrigatório de Deus” (FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 305).

<sup>125</sup> Na modernidade a dignidade da pessoa humana centra-se na noção kantiana de autonomia moral, enquanto “capacidade do indivíduo [de] dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 68).

clássicas de Direitos Humanos. De outro modo, esses documentos internacionais vincularam a dignidade à noção de humanidade, suscitando intensos debates entre os juristas sobre o seu real significado e sua aplicação prática.

Por ganhar notoriedade em meio às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, à época, a dignidade humana teve seu conteúdo construído com base em suas violações, sendo erigida como uma “barreira antitotalitária”, em expressa oposição aos regimes políticos anteriores. Nas palavras de Frankenberg:

Somente com o terro inconcebível de violações em massa da dignidade, com a humilhação e degradação, a tortura sistemática e morte de pessoas, os autores das Constituições e de catálogos dos direitos humanos tiveram o ensejo de colocar em proteção a dignidade. Quando mais drasticamente ela é violada, mais contornos precisos ela assume. Não existe dignidade ‘como tal’, seja lá como os filósofos a concebem, e, sim, somente como violação<sup>126</sup>.

Não obstante, o autor constata a insuficiência dessa delimitação negativa de dignidade humana. Embora um conceito nestes termos facilite o trabalho dos operadores do direito – que não precisariam empenhar uma definição dogmática ou elencar de forma pormenorizada todas as ameaças de ofensa, Frankenberg salienta que existem casos em que a violação da dignidade não se apresenta de modo tão evidente. A título exemplificativo, cita o tratamento psiquiátrico forçado, o uso de detector de mentiras, a pornografia, os contratos de barriga de aluguel, entre outros, circunstâncias em que a dignidade da pessoa humana poderia ser invocada como argumento para justificar posições diametralmente opostas, diante da ausência de um conteúdo substancial para o termo.

Ao estudar a história do conceito de dignidade humana, Frankenberg encontra outras tentativas de definição que também não parecem alcançar a complexidade da questão. Neste sentido, cita a identificação da dignidade humana com a vedação à instrumentalização da pessoa, seguindo a premissa kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, e não um meio para a consecução de um objetivo. Em que pese essa formulação ofereça um conteúdo mais substantivo ao termo, observou-se sua insuficiência e o seu declínio progressivo com o passar dos anos, sendo flexibilizada pelos tribunais especialmente em matéria penal e

---

<sup>126</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 312.

processual penal<sup>127</sup>. Ainda, o autor menciona as pretensões de conceituação da dignidade em conexão com outros princípios e direitos – tais como igualdade, liberdade e integridade física – que, ao fim e a cabo, parecem apontar para o fim do projeto de definição do termo com um conteúdo que lhe seja próprio<sup>128</sup>.

Neste paradoxal contexto de supremacia e volatilidade, Frankenberg questiona quais formas de tratamento pelo Estado e por particulares podem ser consideradas insuportáveis ou humilhantes, configurando, portanto, violação da dignidade da pessoa humana. Em análise as decisões recentes, o autor verifica um progressivo processo de banalização do instituto, com uma “tendência de ver, em todas as situações de vida possíveis, como violada a dignidade humana”<sup>129</sup>.

A este respeito, Frankenberg cita o caso do alemão Möller, que enfrentou três instâncias judiciais sob o argumento de que sua dignidade havia sido violada por ter seu nome escrito de maneira incorreta em lista telefônica. O erro consistia na substituição do “ö” (com trema) pela indicação “oe”. Ocorre que a essa forma de redação estava prevista nas regras de escrita a máquina e não constitui, em nenhuma medida, uma designação vexatória ou caluniosa sobre a sua pessoa. Com base em tais argumentos, o pleito do sr. Möller foi negado pelo Tribunal Constitucional Federal<sup>130</sup>.

Embora nesse caso tenha sido afastado o pleito do sr. Möller, surpreende que uma alegação nestes parâmetros tenha alcançado a Corte suprema e suscitado debates sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Em tal panorama, Frankenberg censura as aplicações que vêm sendo conferidas a esse termo. De um valor supremo erigido no plano jurídico em oposição a regimes ditatoriais, por fim, parece recair para uma questão relativa ao bom gosto e aos bons costumes<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 314.

<sup>128</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 316.

<sup>129</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 310. No contexto alemão, a tendência pode se relevar mais forte em razão da supremacia que é conferida à dignidade humana, que não conflita com outros valores, mas parece funcionar como alicerce para todos os direitos fundamentais (p. 308).

<sup>130</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 308-309.

<sup>131</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 310.

Também passíveis de controvérsia são as decisões judiciais que entendem pela violação da dignidade da pessoa humana contra a vontade expressa e consciente do “ofendido”. Neste sentido, Frankenberg alude ao emblemático caso do arremesso de anões, proibido por decisão do Parlamento Europeu. Praticada em bares e casas noturnas, a modalidade consistia em lançar uma pessoa anã equipada com trajes protetores, o mais longe possível, em direção a alguma superfície que lhe amortecesse a queda.

Irresignado com a proibição, um dos participantes arremessados – que encontrou na modalidade uma possibilidade de exercício profissional – recorreu ao Tribunal Administrativo de Neustadt, na Alemanha. Por sua vez, conectando expressamente dignidade humana e bons costumes, o Tribunal entendeu que a modalidade convertia aquelas pessoas em um objeto, um aparelho desportivo arremessado, conferindo-lhe, portanto, um papel degradante. Assim, ainda que o participante concordasse em ser lançado, o seu consentimento não teria o condão de afastar a proteção conferida pela dignidade humana, enquanto um valor supremo, indisponível e irrenunciável.

Note-se do caso de lançamento de anões que, embora não se vislumbre a ocorrência de efeitos negativos diretos em desfavor de terceiros – configurando um espaço que, em regra, estaria a salvo de interferências externas – a vontade do indivíduo é afastada em prol de sua própria proteção. Ainda, essa mitigação ocorre sob o argumento da violação à sua dignidade, cujo conteúdo é expressamente vinculado aos bons costumes, cláusula que padece da mesma indefinição e, não raro, é utilizada para conferir substrato jurídico a opiniões de uma classe dominante ou a posições pessoais dos juízes.

Neste contexto, Frankenberg pondera sobre as balizas consideradas para autorizar a intervenção estatal em searas que, a princípio, não deveriam atrair a atuação do Direito. Segundo o autor, atualmente essas intervenções parecem fundar-se em uma espécie de “tirania da dignidade”, identificada com o conteúdo incerto dos bons costumes e imperante sobre a vontade manifestada pela pessoa:

Não por acaso, os tribunais, em decisões dessa natureza, movem-se, sem meio-termo, da dignidade da pessoa à violação dos bons costumes e *vice-versa*, “a ordem de valor da Lei Fundamental concorda com o conteúdo dos bons costumes”. Com o que concorda? Com que se entenda que uma atitude, que contradiga uma concepção de valor ancorada na Lei Fundamental, viola os bons costumes. Os curto-circuito entre violação de

costumes e a violação da dignidade, conseqüentemente, o fluxo irrefreado de éticas particulares dos juízes ou de todos os “pensadores justos”, a partir da comporta da dignidade para a Constituição, tem uma causa levemente declarada. Com o desacoplamento de dignidade e autonomia, podem ser geradas obrigações e proteção, a bel-prazer, a partir da garantia da dignidade que, com certeza, provocam a reação do Estado, uma vez nascido comopositor da dignidade, como seus executores e, com isso, como vingadores de todos os indignados<sup>132</sup>.

É neste sentido que o autor critica os contornos assumidos pela dignidade desconectada da liberdade e vinculada a padrões de comportamento que são externos a própria pessoa.

Observe-se, neste ponto, que Frankenberg não afasta a incidência da dignidade da pessoa humana, ainda que dela decorra um encargo de configuração para o Estado, sendo necessário assegurar a todos uma existência digna. De outro modo, apenas questiona a utilização do termo em oposição à liberdade de escolha do sujeito e em identidade aos bons costumes, outra categoria jurídica cujo conteúdo é de difícil delimitação e não raro é movimentado para fins não democráticos, como ressaltado anteriormente. Assim, em suas palavras: “[...] há que se pensar em que medida o meio contra o domínio tirano ou arbitrário abandonou esse caminho e fundou um paternalismo da dignidade”<sup>133</sup>.

Por fim, importa consignar uma vez mais que, embora dignidade da pessoa humana e liberdade estejam intrinsecamente imbricadas, não coincidem totalmente. Isto, pois, conforme já destacado, em determinadas circunstâncias admite-se restrições ao poderio sobre si mesmo em nome da própria liberdade do indivíduo, considerando sua acepção substancial, sem que isto configure uma violação à dignidade da pessoa humana. Nada obstante, é preciso pensar em balizas mais claras para ensejar intervenções externas dessa ordem, sob pena de descuidar do pluralismo social que encontra amparo na Constituição e autoriza a coexistência de diferentes concepções particulares de “bem”.

Ainda, a dignidade humana não perde por isso a sua relevância, em especial na análise das amputações voluntárias. De modo diverso, apenas exige cautela quando na sua utilização, com vistas a evitar a banalização do termo e a sua

---

<sup>132</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 319.

<sup>133</sup> FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 317.

conversão em instrumento de imposição de padrões comportamentais completamente alheios ao sujeito.

Nessa toada, passa-se a apresentar algumas ponderações que, se não definem terminantemente o conteúdo normativo da dignidade humana, podem apontar o caminho a ser percorrido neste sentido.

Em reflexão sobre a dignidade da pessoa humana, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk problematiza os aspectos que têm suscitado os mais relevantes debates doutrinários, em especial as questões que emergem de sua operatividade no ordenamento jurídico.

Retomando a influência do pensamento kantiano, Pianovski sustenta que a dignidade como qualidade intrínseca é comumente afirmada como valor moral inerente ao ser humano dotado de razão universal, que exige o tratamento da pessoa como um fim em si mesmo. Não obstante a relevância da definição, o autor pondera a respeito de sua suficiência, em especial por localizar a dignidade humana em um lugar de abstração. Neste sentido, aponta que a dignidade da pessoa humana, em seu substrato axiológico, deve considerar a “concretude da vida de cada indivíduo, imerso nas relações sociais que o forjam como sujeito e sobre os quais este pode exercer sua intencionalidade”<sup>134</sup>.

Assim como Frankenberg, Carlos Pianovski assume a necessidade de reconhecer, para além da dimensão negativa – atribuidora de deveres de abstenção, uma dimensão prestacional da dignidade humana, com vistas a assegurar e promover a todos uma vida digna.

No entanto, o autor esclarece que disso não resulta uma definição sobre o que deva consistir dignidade para cada pessoa. Do contrário, as condutas prestacionais que dela decorram devem ser pensadas em termos de liberdade substancial, no sentido de instrumentalizar as escolhas do sujeito, permitindo-o definir os rumos de sua própria vida de acordo com aquilo que valoriza para si<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Desse modo, “a dignidade da pessoa humana, embora não prescinda de seu reconhecimento como valor intrínseco que veda a reificação da pessoa, deve ser entendida na concretude da alteridade forjada e desenvolvida nos vínculos sociais e na inserção ambiental de cada indivíduo” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171-172).

<sup>135</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 181.



Não obstante, ainda que reconhecido o caráter prestacional da dignidade da pessoa humana, remanesce a dificuldade de definir um conteúdo normativo<sup>136</sup> que determine quais prestações são necessárias para garantir uma vida digna, ou quais condutas são violadoras da dignidade.

Frente a problemática, há quem pretenda estender ilimitadamente seu âmbito de aplicação, convertendo a dignidade humana em expressão jurídica vazia, aplicada a situações que guardam com ela apenas uma relação remota. Por sua vez, outros restringem demasiadamente seu campo de incidência para situações limites e apenas em sua dimensão negativa – tal como a vedação ao tratamento degradante ou à discriminação de qualquer natureza, que decorrem do núcleo essencial da dignidade humana<sup>137</sup>.

Carlos Pianovski reputa ambas as posturas inadequadas para solução da questão, pois geram, de um lado, a banalização da dignidade da pessoa humana e, de outro, a redução excessiva de sua funcionalidade. Em suas palavras:

Se a banalização da dignidade é indesejável, sob pena de enfraquecer sua força normativa não sendo adequado fundamentar todo e qualquer direito ou situação subjetiva em um sentido remoto de dignidade da pessoa -, o inverso também é grave menoscabo à importância desse valor, sendo, pois, inadmissível uma interpretação da norma que reduza sua operatividade às hipóteses de violação do núcleo essencial do princípio derivadas da violação de um simples dever de abstenção<sup>138</sup>.

Na definição do conteúdo normativo da dignidade, as dimensões objetiva e subjetiva se apresentam em aparente contraponto. De acordo com a primeira – também denominada dimensão social, o conceito deve ser delimitado com base no que a sociedade entende por tratamento digno ou indigno, e, considerando a dimensão prestacional, por vida digna e indigna. Por sua vez, na dimensão subjetiva

---

<sup>136</sup> Neste aspecto, Pianovski também afasta a definição de dignidade em identidade com outros direitos. O autor esclarece que, embora a dignidade da pessoa humana fundamente os direitos fundamentais e auxilie sua concretização, os conteúdos deles não se confundem. E afirmar o contrário resultaria em uma falsa aporia, em que a não realização de um direito fundamental pela eventual prevalência de outro configurar-se-ia, ao mesmo tempo, como violação e afirmação da dignidade (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 176).

<sup>137</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169.

<sup>138</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180.



o sentido de dignidade humana deve partir da investigação do que o próprio destinatário da norma entende por violador de sua dignidade ou como vida digna<sup>139</sup>. Segundo Pianovski, tomadas individualmente, ambas as dimensões podem conduzir a negação da dignidade.

Adotando-se a dimensão objetiva é preciso considerar que, embora seja possível obter consensos democráticos em uma sociedade plural, há sempre o risco de preterir pretensões minoritárias na deliberação pública. Outrossim, mesmo que o consenso seja delimitado *in casu* pelo Poder Judiciário, é possível que o julgador atue guiado por suas concepções particulares ou que, aferindo os valores sociais majoritários, converta a dignidade da pessoa humana em expressão autoritária dos bons costumes<sup>140</sup>.

Com relação à dimensão subjetiva, em que pese o mérito da enfatizar a liberdade positiva do sujeito – como poderio de decidir os rumos da própria vida – e, por conseguinte, o pluralismo ético-social, tem-se que a definição da dignidade nesses termos pode implicar em afronta a seu substrato mínimo ou mesmo em sua própria aniquilação por vontade do sujeito. Desse modo, esvaziar-se-ia a própria força normativa do princípio, que ficaria condicionada ao alvitre do titular.

Neste panorama, não obstante o conflito potencial, Carlos Pianovski propõe aliar as dimensões objetiva e subjetiva na delimitação do conteúdo normativo da dignidade. Assim, sugere significar a dignidade a partir

(i) [d]a delimitação da dimensão subjetiva pelo substrato axiológico abstrato da norma assecratória da tutela da dignidade [e] (ii) [d]o reconhecimento da pertinência, em maior ou menor extensão, da dimensão social objetiva, como contraponto a dimensão subjetiva<sup>141</sup>.

Consoante adverte o autor, não se olvida que a aliança proposta é um desafio metodológico dificultoso aos operadores do direito, no entanto, ele se apresenta

---

<sup>139</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 182-183..

<sup>140</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183-184..

<sup>141</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185.

como necessário para garantia da força normativa da dignidade da pessoa humana<sup>142</sup>.

## 2.2 A “SUPREMACIA” DO SABER MÉDICO: A TUTELA DO CORPO E DA SAÚDE A PARTIR DA MODERNIDADE

Rememore-se, uma vez mais, que o artigo 13 do Código Civil de 2002 elencou o critério terapêutico em posição superior aos demais. Assim, apenas a exigência médica tem o condão de legitimar os atos de disposição do próprio corpo que violem os bons costumes e/ou resultem em diminuição permanente da integridade física.

Em tal panorama, na análise das amputações voluntárias, a doutrina nacional tem afastado o pleito de extirpação sob o argumento da ausência de consenso médico quanto ao caráter curativo do procedimento cirúrgico. Isto, pois, nos termos expostos no item 1.1, os estudos desenvolvidos pelas ciências médicas não lograram êxito em determinar a etiologia e o tratamento adequado para o fenômeno, variando significativamente em suas conclusões.

Não se pode olvidar da imprescindibilidade que o saber médico assume para os operadores do direito, em especial no contexto das amputações voluntárias. E isso ocorre não apenas no desenvolvimento e na aplicação dos tratamentos necessários – sejam eles medicamentosos, cirúrgicos, psicoterapêuticos entre outros –, como também na averiguação da competência para decidir dos pacientes que manifestam o desejo pela amputação de um membro saudável.

Não obstante, consoante delineado anteriormente, as ciências médicas não podem ser exercidas imunes a qualquer questionamento ético e jurídico, em particular pela inevitável influência das opções ético-valorativas dos profissionais e pesquisadores da saúde na elaboração de suas conclusões.

Ainda, há que se ter em conta que a primazia do critério terapêutico pode estimular abordagens puramente patológicas de manifestações corporais que não dizem respeito à saúde da pessoa envolvida e, embora destoem do senso social dominante, se constituem como meras expressões da personalidade que integram a

---

<sup>142</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

“experiência de ser humano”. Assim, parece ser temerário que seja legitimada a atuação da medicina em searas que não lhe competem, com a imposição de padrões de comportamento alheios a pessoa que dispõe do próprio corpo.

Nesta toada, entende-se que é necessário ponderar a respeito da supremacia conferida ao critério terapêutico pelo artigo 13 do Código Civil enquanto baliza que autoriza a intervenção estatal em um espaço que, a princípio, restaria reservado a autodeterminação do sujeito – tratando-se de atos de disposição do próprio corpo que não produzem efeitos diretos na esfera jurídica de terceiros.

Crítico ao papel desempenhado pela medicina a partir da modernidade, Michel Foucault constatou um vertiginoso crescimento de seu âmbito de atuação no último século, transmutando-se em um mecanismo pelo qual se manifesta o poder normalizador nas mais variadas searas da sociedade.

No entanto, antes de expor as reflexões foucaultianas sobre o papel da medicina na modernidade, faz-se necessário explicitar brevemente sua teoria do poder. Esclareça-se, desde já, que não se trata de um estudo acerca do poder soberano do Estado, e sim do poder normalizador, força que não tem um criador ou um lugar, mas está em toda parte e circula em vários sentidos, incidindo sobre os indivíduos e as populações<sup>143</sup>. Isto posto, passa-se a apresentar de forma sucinta – atendo-se aos objetivos a que se propõe o presente trabalho – as elaborações teóricas do autor sobre o que ele denomina como “poder normalizador”, para, na sequência, descrever suas reflexões no que concerne a função desempenhada pela medicina na atualidade.

Foucault se reporta à “norma” não no sentido jurídico - como preceito legal, mas referindo-se àquilo que torna o indivíduo comparável a outro, posto que ela oferece um parâmetro para confrontação. Essa norma cria uma referência que vem dela mesma e atua ordenando as múltiplas subjetividades em suas relações<sup>144</sup>. Difere, ainda, das formas de exercício do poder, porquanto estas se apoiam nela, que, por sua vez, lhe serve como substrato. Assim, as formas de exercício do poder veicularão a norma<sup>145</sup>.

As formas de exercício do poder estudadas por Michel Foucault são essencialmente duas: a disciplina e o biopoder. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca,

---

<sup>143</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>144</sup> EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Veja, 1993. p. 108-109.

<sup>145</sup> EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Veja, 1993. p. 108.

tratam-se de elaborações teóricas sistematizadas pelo autor em momentos diferentes e, por isso, não se apresentam de forma linear em seu pensamento. Desse modo, é possível que existam ainda outras formas de exercício do poder<sup>146</sup>.

A disciplina é definida por Foucault como “um mecanismo para o bom adestramento” que toma os indivíduos, ao mesmo tempo, como objeto e instrumento do seu exercício<sup>147</sup>. O filósofo afirma que se assistiu a um processo de “normalização das disciplinas” na modernidade, o que possibilitou a formação da sociedade disciplinar, assim sintetizada por Fonseca:

um complexo aparato institucional formado a partir do século XVIII no qual os indivíduos são colocados no centro de um sistema de controle (que o isola, classifica, mede, vigia, hierarquiza, pune, premia, disciplina), de acordo com critérios normalizadores que crescentemente se espalham para diversos âmbitos institucionais da sociedade (prisões, escolas, hospitais, fábricas). Os indivíduos, a partir de então, sofrem uma incidência de poderes permanentes, constantes e constritivos que não só moldam suas ações, mas, como já dito, moldam o modo como eles devem se constituir em sociedade, ou seja – e aqui o ponto nodal –, moldam suas subjetividades<sup>148</sup>.

Essa sociedade disciplinar tem como marca essencial o fato de que as práticas disciplinares não apenas sujeitam os indivíduos, como, até certo ponto, os constituem. Nas palavras de Fonseca, “o sujeito é sujeitado ao mesmo tempo em que é ‘fabricado’ pelos processos de individuação”<sup>149</sup>. Mais adiante ver-se-á que Foucault identifica a possibilidade de resistência ao poder, de tal sorte que não se trata de uma sujeição absoluta do indivíduo.

---

<sup>146</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 106-107.

<sup>147</sup> Constitui-se como um poder sobre os corpos que opera essencialmente por meio de três mecanismos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. A vigilância hierárquica – enquanto componente ideal das instituições modernas – se generaliza e institui uma espécie de guarda com a constante observação de todos por todos, formando um poder anônimo, múltiplo e automático, atuante em todas as direções. A sanção normalizadora, por sua vez, constitui-se como um mecanismo penal que busca os desvios da norma e constrói uma ordem artificial, moldando condutas por meio de castigos e prêmios e criando uma classificação hierárquica com base na meritocracia. Por fim, o exame consiste na combinação dos outros dois instrumentos que individualiza o sujeito como objeto sobre o qual o poder atuará, qualificando-o e classificando-o, e tendo isso por registrado e documentado, de forma a viabilizar as comparações e a descrição das populações. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 109-112).

<sup>148</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 265.

<sup>149</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 93-94.

Há ainda outra maneira de constranger as subjetividades a se encaixarem no padrão traçado pela norma. O biopoder enquanto nova forma de exercício do poder normalizador surge na segunda metade do século XVIII com vistas à produção de força<sup>150</sup>. Voltado aos problemas de massa, incide sobre as populações, e não sobre os indivíduos – diferente da disciplina –, atuando sobre fenômenos gerais, tais como as taxas de natalidade e mortalidade, a expectativa de vida e as doenças. Neste contexto, a população aparece enquanto uma questão política, biológica e científica, alvo de constantes intervenções e regulações<sup>151</sup>.

A biopolítica adota mecanismos de atuação tais como as previsões, as estatísticas, as estimativas<sup>152</sup>, e, assim como a disciplina, ela também age modelando comportamentos, de forma que o sujeito – agora em um sentido coletivo – é, em alguma medida, um produto do poder<sup>153</sup>.

Importa destacar que a técnica biopolítica não exclui a técnica disciplinar, “mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia”<sup>154</sup>. Esses mecanismos se complementam, atuando conjuntamente em torno do elemento comum “norma”<sup>155</sup>. Por conseguinte, na sociedade contemporânea os indivíduos sofrem incidência, concomitantemente, do biopoder e do poder disciplinar, cada qual atuando em seu espaço.

Feitas essas considerações sobre a teoria do poder foucaultiana, é possível apresentar suas ponderações sobre o papel desempenhado pela medicina a partir da modernidade. Em uma conferência realizada no Rio de Janeiro no ano de 1974, Michel Foucault expôs suas reflexões sobre a alegada “crise atual da medicina”, sustentando, naquela oportunidade, que as ciências médicas converteram todo o campo da vida humana em objeto da sua atuação.

Em sua análise, o autor toma como referência simbólica o Plano Beveridge, elaborado na Inglaterra e em outros países no ano de 1942 – em meio a Segunda

---

<sup>150</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267.

<sup>151</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 292-293.

<sup>152</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 293.

<sup>153</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 268-269.

<sup>154</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

<sup>155</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 114-115.

Guerra Mundial, por meio do qual a sociedade assumiu a tarefa de garantir a “vida em boa saúde” aos seus membros<sup>156</sup>. De acordo com o autor, a partir daí “o direito do homem de manter seu corpo em boa saúde se converte em objeto da própria ação do Estado” e entra no campo da macroeconomia, ao se constituir como uma fonte de despesas para o poder público<sup>157</sup>. Desde então a saúde passou a ser objeto constante da luta política.

Assim, no decênio 1940-1950, Michel Foucault identifica a formação do que ele descreve como “um novo direito, uma nova moral, uma nova economia, uma nova política do corpo”<sup>158</sup>. Segundo o autor, no século XX a medicina passou a atuar fora de seu campo tradicional – até então delimitado pelas demandas do doente –, impondo-se a todos os indivíduos – enfermos ou sadios – como um ato de autoridade. Neste sentido, cita, a título exemplificativo, a obrigatoriedade de exame médico para admissão em um emprego, as políticas estatais de rastreamento de doenças na população, ou mesmo a submissão forçada dos acusados de cometerem um crime a um exame psiquiátrico.

Foucault constata que a saúde e tudo que a garante converteu-se em objeto de intervenção da medicina, que passa a se debruçar sobre questões como salubridade, condições de moradia, saneamento básico, entre outras. Tal configuração resulta em um processo de medicalização indefinida promovida por esse “poder autoritário com funções normalizadoras” no qual se transforma a medicina. Neste sentido, alerta o autor:

No século XX, os médicos estão inventando uma sociedade não da lei, mas da norma. O que rege a sociedade não são os códigos, mas a perpétua distinção entre o normal e o anormal, o perpétuo empreendimento de restituir o sistema de normalidade<sup>159</sup>.

O teórico esclarece que, em verdade, desde o século XVIII a medicina atua como autoridade social que toma decisões no nível de uma população e interfere em um campo que ultrapassa a doença, instituindo o hospital como aparelho de

---

<sup>156</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 167-168.

<sup>157</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 168-169.

<sup>158</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 170-171.

<sup>159</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 181.

medicalização coletiva e introduzindo o registro, a comparação, as estatísticas como mecanismos de administração médica<sup>160</sup>. Ocorre que, segundo Foucault, atualmente a medicina se espalhou de tal maneira que já não existe campo exterior a ela, não subsiste uma seara que não seja “medicalizável”:

Na situação atual, o diabólico é que, cada vez que se quer recorrer a um domínio exterior à medicina, descobre-se que ele já foi medicalizado. E quando se quer objetar à medicina suas deficiências, seus inconvenientes e seus efeitos nocivos, isso é feito em nome de um saber médico mais completo, mais refinado e difuso<sup>161</sup>.

Neste contexto, aliado a um conjunto de instrumentos de controle e de vigilância, o saber médico atua constituindo novas formas de subjetividade em torno daquilo que a medicina aponta como o “normal”<sup>162</sup>. Vê-se, pois, que a medicina parece se transformar em um mecanismo do poder normalizador. Através da preponderância concedida à patologia, observa-se a constituição do homem pelo saber/poder médico, que atua como um dispositivo de regulação da sociedade<sup>163</sup>.

Neste ponto, expostas as reflexões foucaultianas sobre o poder normalizador e a instrumentalização da medicina, para análise dos objetivos elegidos por este trabalho, impende esclarecer a relação existente entre esse poder normalizador e o poder soberano.

Conforme já elucidado anteriormente, o poder normalizador cuja formulação teórica foi promovida por Foucault não coincide com o poder soberano do Estado. Não obstante, isso não quer dizer que exista entre eles algum tipo de incompatibilidade, porquanto são apenas diferentes. Neste sentido, Fonseca aduz:

O que Foucault nos mostra, como se vê, é que além do campo das ‘liberdades’, da ‘autonomia da vontade’, da ‘autodeterminação’ e da ‘igualdade’ – que é o espaço de circulação do ‘sujeito de direito’, há também o espaço da normalização, da atuação de mecanismos da disciplina e do biopoder<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 182-183.

<sup>161</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 184.

<sup>162</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 93.

<sup>163</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010. p. 186.

<sup>164</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 115.



Ademais, não haveria entre eles uma relação necessária, uma vez que o poder normalizador (disciplina e biopoder) pode funcionar sem o recurso ao poder soberano, e vice-versa. Ocorre que, não raro, esses poderes se entrecruzam, com a absorção dessas técnicas normalizadoras pelo Direito<sup>165</sup>.

Ricardo Marcelo Fonseca identifica esse processo de estatização das relações de poder no que concerne ao Contrato de Trabalho que, segundo o autor, entra no âmbito da regulação do Direito carreando aspectos tipicamente normalizadores, preexistentes ao jurídico, institucionalizando as tradicionais formas de sujeição<sup>166</sup>. No mesmo sentido, entende-se que, em certa medida, há um entrecruzamento entre o poder normalizar e o poder soberano quando na eleição do critério terapêutico em posição superior para a verificação de legitimidade dos atos de disposição do próprio corpo. Com efeito, embora as estruturas da relação entre médico e paciente antecedam o Direito, parecem ser por ele acampadas e institucionalizadas.

Em tal contexto, importa mencionar as ponderações formuladas por Michel Foucault na conferência acima mencionada no que diz respeito a atuação da medicina a partir do século XX. Inicialmente, o autor verificou uma inevitável influência de fatores econômicos sob o exercício da profissão. Neste sentido, destaca que a medicina surgiu da necessidade econômica de produção da força de trabalho, e atualmente encontra a economia ao configurar-se como fonte de riqueza, uma vez que a saúde foi convertida em artigo de consumo. Em suas palavras “a saúde constitui objeto de desejo para uns e de lucro para outros”<sup>167</sup>.

Ainda, medicina não passa incólume dentro de sua própria atuação, porquanto o seu desenvolvimento cria riscos que não podem ser previamente medidos ou dimensionados. Como destaca Foucault:

---

<sup>165</sup> Segundo Fonseca, em sua obra Foucault pouco se interessou pelo poder estatal por considerar o Direito como um instrumento institucional eminentemente repressivo manuseado pela burguesia. Em contrapartida, como afirma Boaventura de Souza Santos, o poder jurídico estatal não se apresenta desse modo monolítico sustentado pelo filósofo, mas sim de forma heterogênea, tendo em conta a sua articulação com outras formas de poder (SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000 apud FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 125).

<sup>166</sup> Recomenda-se a leitura: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

<sup>167</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010, p. 188.

Atualmente, os instrumentos de que dispõem os médicos e a medicina em geral, justamente por sua eficácia, provocam certo número de efeitos, alguns puramente nocivos e outros não controláveis, que fazem a espécie humana entrar em uma história aleatória, em um campo de probabilidades e riscos cuja magnitude não se pode medir com precisão<sup>168</sup>.

Ademais, o avanço da medicina nem sempre resulta em bem-estar aos pacientes. A este respeito, veja-se as inúmeras possibilidades técnicas de manutenção da vida biológica em estados de terminalidade que, por vezes, são implementadas ignorando o sofrimento do paciente<sup>169</sup>.

Aqui interessa referenciar a crítica formulada por David Le Breton professor de Sociologia e Antropologia da Universidade de Estrasburgo, na França. Em uma análise antropológica do corpo na modernidade, o pesquisador identifica que as nossas atuais concepções estão irremediavelmente vinculadas à história da medicina “que encarna em nossas sociedades um saber, de certa forma, oficial sobre o corpo”<sup>170</sup>.

Segundo Le Breton, o tratamento impessoal do corpo pela medicina possui origem remota nas investigações empreendidas pelos anatomistas entre os séculos XVI e XVII, a partir das quais “[o] corpo é posto em suspensão, dissociado do homem; ele é estudado por si mesmo, com realidade autônoma. Ele deixa de ser o signo irredutível da imanência do homem e da ubiquidade do cosmo”<sup>171</sup>. Em tal panorama, “a imagem que ela [a medicina moderna] faz do corpo humano nasce dessas representações anatômicas saídas desses corpos sem vida, onde o homem não é mais”<sup>172</sup>.

De um modo geral, ao adotar essa noção de corpo, na modernidade as ciências médicas olvidam-se que o paciente é um sujeito singular e concentra-se apenas no tratamento do corpo, tal qual um objeto. Assim conclui Le Breton:

---

<sup>168</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010, p. 175.

<sup>169</sup> MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire. de. **Autonomia para morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

<sup>170</sup> Além disso, as concepções hodiernas de corpo estão ligadas a outros fatores, quais sejam: o avanço do individualismo enquanto estrutura social, a emergência de um pensamento racional positivo e laico sobre a natureza, o recuso progressivo das tradições populares locais (LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 9).

<sup>171</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 72-73.

<sup>172</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 92.

Na elaboração gradual de seu saber, e de seu saber-fazer, a medicina negligenciou o sujeito e sua história, seu meio social, sua relação com o desejo, a angústia, a morte, o sentido da doença, para considerar apenas o “o mecanismo corporal”. A medicina faz a aposta do corpo, repousa sobre uma antropologia residual. Não é um saber sobre o homem, mas um saber anatômico e fisiológico, levado hoje ao seu extremo grau de refinamento<sup>173</sup>.

Não obstante, hodiernamente, o tratamento da pessoa nestes termos encontra-se em evidente dissenso com a concepção de personalidade, delineada de acordo com a produção individual e contínua da vivência do sujeito em seu seio social. Assim, eleita como agente legitimador dos atos de disposição do próprio corpo, é imprescindível que a medicina tenha em conta a pessoa em concreto, inscrita em sua trajetória social e individual, e não apenas a doença, ou o corpo enquanto um mecanismo composto por processos orgânicos.

Conforme indicado anteriormente, nem por isso deve-se levantar a bandeira de uma “antimedicina”. Em que pese todas as críticas que possam ser a ela direcionadas, a medicina tem um papel indispensável na melhoria da qualidade de vida e na garantia do bem-estar das pessoas.

Do mesmo modo, não é isso que sugere Foucault, que apenas sustenta a necessidade de questionar aquilo que é apresentado como “necessidade médica” sem, contudo, recusar de forma cética e relativista toda verdade verificada. Segundo o autor, “o que é questionado é a maneira pela qual o saber circula e funciona, suas relações com o poder. Em resumo, o *régime du savoir*”<sup>174</sup>. Para tanto, sugere uma revisão da história da medicina<sup>175</sup>, considerando que

[...] a medicina não deve ser rechaçada nem adotada enquanto tal; que a medicina faz parte de um sistema histórico; que ela não é uma ciência pura; que faz parte de um sistema econômico e de um sistema de poder; e que é necessário trazer à luz os vínculos entre a medicina, a economia, o poder e

---

<sup>173</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 286-287.

<sup>174</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 235, grifos do autor.

<sup>175</sup> Nos dizeres do autor: “o problema é averiguar se o modelo de desenvolvimento médico da Europa, a partir dos séculos XVIII e XIX, deve ser reconstituído ou modificado, e em que medida isso deve ser feito para ser aplicado de forma eficaz nessas sociedades sem que produzam consequências negativas” (FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010, p. 192).

a sociedade para determinar em que medida é possível retificar ou aplicar o modelo<sup>176</sup>.

Nem por isso deve-se concluir que esse “entrecruzamento” entre direito e medicina resulta em uma completa submissão do sujeito ao saber médico. Conforme aduz Ricardo Marcelo Fonseca, Foucault identifica a possibilidade de “produção de uma subjetividade sem a necessidade do aval de um discurso científico que seja competente ou de um poder normalizador”<sup>177</sup>. Trata-se de um espaço de constituição do sujeito moral em face das práticas de si.

Neste sentido, o Estado moderno não promove uma completa supressão da individualidade, mas a absorve e a condiciona, de forma que os indivíduos serão devidamente integrados desde que se submetam a determinados modelos. Assim, o poder do Estado caracteriza-se, ao mesmo tempo, como individualizante e totalizador<sup>178</sup>.

Neste ponto, é mister destacar que Foucault se constituiu como um crítico tenaz à racionalidade moderna que culminou na formação do sujeito de direito abstrato e formal. O teórico advoga por uma noção eminentemente histórica do sujeito, que decorre sempre de circunstâncias específicas. Dessa forma, assiste-se ao longo da história a formação de várias subjetividades, inexistindo “o sujeito” enquanto ente transcendental e universal<sup>179</sup>.

A subjetividade constitui uma questão central no pensamento foucaultiano, que identifica três formas pelas quais os seres humanos tornam-se sujeitos em nossa cultura, são elas: o saber, enquanto modo de investigação que promove a objetificação do sujeito pela ciência; o poder, que divide o sujeito em seu interior e com relação aos outros, diferenciando-o e categorizando-o; e a autoconstituição, forma de elaboração de si como um ser ético<sup>180</sup>. Neste ponto interessa este último.

---

<sup>176</sup> FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, 2010, p. 193.

<sup>177</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 95.

<sup>178</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 236-237.

<sup>179</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault: um arqueologista do poder, do saber e da ética. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 35, abril de 2004. p. 42.

<sup>180</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 231.

Segundo Foucault, o sujeito, historicamente considerado, é composto pelas epistemes (saber) e pelo poder normalizador, mas não apenas isso. Ele encontra um espaço de autoconstituição onde se configura como agente ético. Para o autor, o poder sempre se constitui em “uma ação sobre ações”, de forma que só há exercício de poder onde existem sujeitos livres, com um campo de possibilidades. Em suas palavras, “não há relação de poder onde as determinações estão saturadas”<sup>181</sup>.

Sustenta o filósofo que, embora toda sociedade seja marcada por relações de poder, essas relações não são necessárias, tampouco o poder se constitui, em todo caso, como uma “fatalidade incontornável”<sup>182</sup>. Fonseca esclarece que “os discursos e o poder não são opressivos ao sujeito de modo absoluto e inevitável, mas há espaços de trânsito onde essa sujeição pode ser criticada, denunciada e combatida”<sup>183</sup>. Por conseguinte, é inegável a existência de um espaço de autoconstituição no qual o sujeito resiste à sujeição imposta pelo saber e pelo poder.

Por sua vez, Foucault argumenta que essa autoconstituição deve ocorrer por meio de atos refletidos de liberdade, através da relação consigo mesmo. Os denominados “atos éticos” apenas são possíveis na relação do sujeito com os outros livres, que tem o condão de inventar novos tipos de subjetividade, conduzindo a “existências cujo estilo seja a criação, como se cria livremente uma obra de arte”<sup>184</sup>. Nos dizeres de Araújo:

O ser humano é livre para inventar estilos, resistir, ser soberano e dono de seus atos e modos de pensar, e isso é possível pela constituição de uma subjetividade ético-estética, cuja medida é estabelecida por si mesmo, numa espécie de luta interna, uma agonística. Ela não serve para apagar desejos e prazeres, mas para estabelecer, para si mesmo, o se quer, como se quer e o quanto se quer. Esse domínio exercido sobre si não vem do saber nem do poder de um outro, não é ditado de fora, não é imposto. É guiado e sugerido por técnicas de si, pode levar a uma transformação da pessoa e representa liberdade, criatividade, enfim uma boa e bela vida<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 243.

<sup>182</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 246.

<sup>183</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002. p. 104.

<sup>184</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault: um arqueologista do poder, do saber e da ética. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 35, p. 37-55, abril de 2004. p. 51.

<sup>185</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault: um arqueologista do poder, do saber e da ética. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 35, p. 37-55, abril de 2004. p. 53-54.

Em que pese seja questionável a formulação foucaultiana de liberdade como resistência ao poder manifestada em um diminuto espaço de autoconstituição<sup>186</sup>, suas reflexões são importantes para pensar criticamente o papel desempenhado pela medicina na contemporaneidade. Conforme já indicado, não obstante a relevância do saber médico na cura de doenças e na garantia de qualidade de vida, deve-se manter uma postura ponderada frente ao seu exercício, ainda quando legitimado pelo Direito na intervenção estatal sobre os direitos da personalidade.

Assim, é preciso refletir sobre a fenômeno de medicalização de todas as searas da vivência humana, que pode estimular abordagens patológicas de manifestações que, por vezes, somente destoam do padrão de “normalidade” traçado. Ainda, há que se considerar que, não raro, esse padrão é delimitado apenas com base em fatores fisiológicos e anatômicos, construindo a noção de saúde sob o corpo tal qual um mecanismo e sob a inevitável influência de conjunturas econômicas. Por evidente que os dados biológicos são essenciais para a atuação da medicina, no entanto, não se pode olvidar do sujeito concreto que se apresenta como paciente.

Tais considerações foram aqui expostas com vistas a refletir sobre a questão das amputações voluntárias que, embora não prescindam do saber médico, podem, em determinados casos, ser pensadas além da perspectiva patologizante, enquanto expressões da personalidade na autoconstituição do sujeito através da disposição de seu corpo.

Considerando a análise proposta no presente capítulo – qual seja, as amputações voluntárias sob a perspectiva da interferência estatal na liberdade negativa do sujeito – no item que segue sugerem-se, com as cautelas que o tema exige, outras premissas para ponderar a possibilidade de intervenções externas para a proteção do sujeito de si mesmo, o que se faz com a utilização do referencial teórico de Jorge Reis Novaes.

---

<sup>186</sup> Das formulações teóricas de Foucault, identifica-se as possibilidades de autoconstituição do sujeito com a resistência ao poder, de modo que Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk aponta um conceito de “liberdade enquanto insubmissão”. O autor critica a insuficiência dessa concepção porquanto pressupõe a perversidade de todo discurso e desconsidera a possibilidade de formas de resistência serem por ele incorporadas, afastando o seu caráter de insubordinação (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 54-55).



## 2.3 OUTRAS PREMISSAS PARA AUTORIZAR A INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROTEÇÃO DO SUJEITO DE SI MESMO

Consoante indicado anteriormente, em determinadas hipóteses admite-se intervenções estatais no espaço de liberdade negativa do sujeito para protegê-lo de suas próprias escolhas, ainda que não possuam consequência diretas na esfera jurídica de terceiros. No entanto, intervenções neste sentido exigem do agente público uma fundamentação rigorosa, que, no caso das amputações voluntárias, parece ir além da subsunção do fato aos critérios rígidos delineados pelo artigo 13 do Código Civil.

Neste trabalho, a possibilidade de restrição à liberdade de dispor do próprio corpo é pensada a partir das considerações de Jorge Reis Novais quando na análise da relação existente entre direitos fundamentais e democracia. No entanto, antes de adentrar no estudo de sua obra, importa salientar que o autor não reflete propriamente sobre esse tema, porquanto sua teoria é desenvolvida pensando o funcionamento do Estado de Direito como um todo. Assim, em que pese suas conclusões apliquem-se a toda atuação do poder estatal, deve-se ter cautela ao sobrepô-las ao tema das amputações voluntárias – que não são objeto de análise específica pelo autor.

O professor da Faculdade de Direito de Lisboa identifica uma inevitável tensão entre os direitos fundamentais e o exercício do poder democrático, entre o Estado de Direito e a democracia<sup>187 188</sup>. Isto, pois, a maioria no poder – ainda que tenha sido eleita por meio de instituições democráticas – pode ameaçar direitos fundamentais a partir da imposição de suas concepções dominantes a todos os indivíduos. Também no sentido inverso, o Judiciário enquanto poder não eleito, por vezes, pode afetar, ou mesmo obstruir, a efetivação das decisões tomadas por

---

<sup>187</sup> Segundo o autor, a concepção dominante na doutrina sustenta, de modo contrário, “uma relação de integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia no conceito de Estado de Direito *democrático* ou num conceito de democracia *adjectivada* que integre consubstancialmente a presença e a garantia dos direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 18).

<sup>188</sup> Importa consignar que cada um desses conceitos tem seu conteúdo específico com núcleos irreduzíveis. Neste sentido, o Estado de Direito caracteriza-se por uma função garantista individual dos direitos fundamentais, na defesa das liberdades individuais em face dos poderes públicos. Por outro lado, o princípio democrático identifica-se com o exercício legítimo do poder político a partir da escolha da maioria (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 604-605).



órgãos eleitos pela maioria sob o argumento da defesa dos direitos fundamentais, sendo maior o seu espaço de atuação quanto mais indeterminada for a norma<sup>189</sup>.

Segundo o autor, essa tendência conflituosa revela-se pela própria natureza dos direitos fundamentais, que impõe ao legislador democrático alguns limites intransponíveis.

Os direitos fundamentais enquanto núcleo substantivo que delimita uma área de *competência negativa* que o legislador democrático não pode invadir, ou só pode invadir condicionada e excepcionalmente, assumem uma natural vocação contramajoritária ou até um caráter de algum modo *denegridor* da democracia<sup>190</sup>.

Jorge Reis Novais desta que, em uma sociedade plural, esse conflito entre direito fundamental e democracia desponta sempre que o exercício da liberdade individual esteja em desacordo com o ponto de vista da maioria. Evidenciada essa tensão, o autor recorre a concepção de direitos fundamentais enquanto “trunfos contra a maioria” – delineada originariamente e com sentido diverso por Ronald Dworkin<sup>191</sup>. Neste seguimento, elucida

[...] ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes. Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro “jogador” é o Estado, já que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, ao final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos<sup>192</sup>.

O autor não pretende afirmar que essa seja a única concepção possível e correta dos direitos fundamentais, mas pondera que ela se apresenta como a mais adequada à natureza e aos pressupostos constitucionais do atual Estado de Direito.

---

<sup>189</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 20-21.

<sup>190</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 22.

<sup>191</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 7.

<sup>192</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 17-18.

Nesta toada, Jorge Reis Novais argumenta que essa concepção é uma exigência material advinda do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da consagração constitucional da indisponibilidade dos direitos fundamentais, a qual se vincula todas as entidades públicas.

Neste sentido, a concepção de direitos fundamentais como trunfos tem sua origem doutrinária remota no Iluminismo e no direito natural característico da época, que carreou a noção de direito fundamental como construção pré e supra-estatal. Segundo Novais, deste panorama decorre a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a inexorável vinculação dos poderes públicos a sua observância. Ainda, essas noções têm como base “o reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa que fundamenta a delimitação de uma esfera de autonomia e liberdade individuais de que o Poder não dispõe”<sup>193</sup>.

Neste ponto, o autor identifica um núcleo indiscutível da dignidade da pessoa humana enquanto vedação a instrumentalização, na medida em que, consoante a noção kantiana, a pessoa não pode ser reduzida a mero objeto da atuação estatal, restando-lhe um espaço de liberdade pessoal que os poderes públicos devem respeitar. Assim, trata-se de um Estado fundado na igual dignidade que tem todas as pessoas, pela qual possuem igual liberdade e devem ser tratadas com igual consideração e respeito, considerando-se o pluralismo que marca uma sociedade aberta.

O princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem. Daí resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável [...] como juridicamente vedada, já que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, enquanto tal, constitucionalmente rejeitada<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 30.

<sup>194</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 30-31.

Nestes termos, em um contexto de diversidade social, Jorge Reis Novais fundamenta a concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria na igual dignidade, liberdade e autonomia dos sujeitos, que, em todo caso, impede que as decisões tomadas pelas instituições democraticamente eleitas impeçam a satisfação de interesses individuais – especialmente aqueles manifestados por uma minoria<sup>195</sup>. Ainda, de acordo com o autor, tal concepção deriva da força normativa reconhecida à Constituição, pois, “por maioritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”<sup>196</sup>.

Nada obstante, estando em conflito a vontade da maioria e direitos fundamentais, admitida a possibilidade de restrição a esses direitos, Novais sustenta que a eventual prevalência da posição majoritária não pode residir tão somente na quantidade numérica. De outro modo, apenas será considerada legítima se resultante da ponderação dos bens jurídicos em questão, com base em balizas assentadas na Constituição, considerando-se também as circunstâncias do caso concreto<sup>197</sup>.

Segundo o autor, em regra, todos os direitos fundamentais são limitáveis, a depender de circunstâncias que justifiquem a primazia de outro bem ou valor jurídico. Neste sentido, sustenta que os direitos fundamentais são dotados do que ele denomina “reserva geral de ponderação”, que constitui o ponto de equilíbrio entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito, entre a noção de direitos fundamentais como trunfos e sua indisponibilidade<sup>198</sup>.

Jorge Reis Novais ressalva apenas as circunstâncias em que o legislador constituinte regula algum direito fundamental tal qual uma regra – como na vedação

---

<sup>195</sup> “Em termos simplistas, pode dizer-se que à maioria bastam as regras democráticas, até porque, sempre que considera não estarem os representantes eleitos a proteger adequadamente os seus interesses, tem a capacidade política de substituir esses mesmos representantes [...] São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da protecção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 35).

<sup>196</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 36.

<sup>197</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 33.

<sup>198</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 50.

à pena de morte ou à prisão perpétua, ou ainda a nulidade de provas obtidas sob tortura. Nessas hipóteses não há espaço para ponderação, devendo-se aplicar a norma constitucional tal como enunciada. Todavia, disposições nesse arranjo são exceções, imperando no texto constitucional as normativas gerais e principiológicas<sup>199</sup>.

Reconhecida a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, impende pensar a quem compete decidir nos casos de divergência com a posição majoritária. Partindo da concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, havendo conflito entre Estado de Direito (premissa garantista) e democracia (premissa majoritária), Jorge Reis Novais argumenta que não poderia ser essa mesma maioria a decidir por meio dos órgãos democraticamente eleitos<sup>200</sup>.

Ao revés, defende o autor que a tomada de decisões dessa natureza compete a um órgão independente e especializado, o Poder Judiciário, que no Estado de Direito corresponde à jurisdição constitucional. A este órgão não eleito pela maioria incumbe realizar a ponderação, no caso concreto, entre os bens conflitantes. Em suas palavras:

Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria<sup>201</sup>.

De todo modo, a decisão judicial apenas poderá ser considerada legítima se sopesar adequadamente os direitos fundamentais envolvidos e for fundamentada e justificada conforme critérios jurídicos determinados, não podendo servir a

---

<sup>199</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 51.

<sup>200</sup> “Dar ao ‘adversário’ no jogo a possibilidade de certificar pontualmente a qualidade de trunfo, não só subverteria as regras do jogo, como acabaria com a própria ideia de *trunfo*; dar à maioria democrática a possibilidade de determinar, em última instância, a força concreta de resistência de um direito fundamental seria subverter as regras do Estado de Direito e pôr em causa a própria ideia de direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 48)

<sup>201</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 59.

“formulação e concretização de uma política alternativa à do legislador democrático, para que o juiz constitucional careceria da necessária legitimidade”<sup>202</sup>.

Jorge Reis Novais não ignora que o peso da maioria possa vencer também no âmbito jurisdicional, tratando-se de uma probabilidade alta e de um risco que, em todo caso, é inevitável. Neste sentido, preconiza a necessidade de desenvolver estratégias de controle das decisões emanadas pela jurisdição constitucional autorizadas de restrições a direitos fundamentais, que apenas serão consideradas legítimas quando resultado de um rigoroso processo de ponderação entre interesses igualmente dignos de proteção.

Assim, sugere o autor que o perigo da prevalência da vontade da maioria em sede jurisdicional apenas por razões numéricas pode ser reduzido em duas direções distintas: (i) pela exigência de racionalização e objetivação interna do procedimento de ponderação e (ii) pela estruturação dos juízos com base nos “limites aos limites” dos direitos fundamentais.

Segundo Novaes, o primeiro aspecto impõe ao julgador uma fundamentação para sua decisão, que deve ser racional, compreensível e aberta à crítica pública. Ademais, é imprescindível que a sua posição se sustente, em consonância com o sistema constitucional vigente, sob uma norma com aplicação construída a partir do caso concreto e seja generalizável para situações idênticas ou semelhantes<sup>203</sup>.

Por sua vez, quanto a segunda questão, tem-se que, nas decisões que restrinjam direitos fundamentais, o julgador deve observar os princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, sendo os principais: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proibição do excesso e a proteção da confiança<sup>204</sup>. Tais princípios operam como limites para atuação do Estado<sup>205</sup>, funcionando, em última instância, como parâmetro para a averiguação da constitucionalidade dos atos praticados pelos poderes públicos.

---

<sup>202</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 59.

<sup>203</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 61.

<sup>204</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 62.

<sup>205</sup> Segundo o autor, são “os princípios que devem comandar o relacionamento entre Estado e indivíduos numa República que [...] se baseia na dignidade da pessoa humana e se vincula aos direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 45).

Antes de adentrar a enunciação desses princípios, importa fazer alguns esclarecimentos preliminares. Inicialmente, os referidos princípios foram enumerados pelo autor considerando o contexto jurídico português, em especial a Constituição portuguesa de 1976. Não obstante, as semelhantes com o ordenamento jurídico brasileiro justificam a sua utilização no presente trabalho, particularmente por serem decorrência de uma construção de Estado de Direito da qual partilhamos.

Ademais, embora os princípios supracitados funcionem como parâmetros para toda e qualquer intervenção estatal, Jorge Reis Novais pensa a aplicação desses “limites aos limites” primordialmente com relação à atuação do Poder Legislativo. A escolha dessa perspectiva explica-se pela previsão contida no art. 18º, n.º 3 da Constituição portuguesa<sup>206</sup>, que impõe limites às leis restritivas de direitos fundamentais, tratando-se de disposição voltada ao controle do legislador ordinário. Não obstante, o autor invoca os mesmos princípios também como balizas para a atuação da jurisdição constitucional, fazendo-se necessário realizar as devidas adaptações interpretativas.

Enquanto “limite aos limites”, Jorge Reis Novais refere-se à dignidade da pessoa humana na qualidade de princípio constitucional que produz consequências práticas. Isto, pois, uma vez positivada na Constituição, a dignidade transforma-se em um “dever-ser jurídico” vinculativo a toda atuação estatal<sup>207</sup>.

Segundo o autor, do conteúdo mínimo identificado na vedação à instrumentalização, a dignidade humana atualiza-se neste mesmo seguimento para identificar-se com a “autonomia ética da pessoa”. Neste sentido, do reconhecimento de que o indivíduo que não pode ser objetificado decorre o necessário delineamento e densificação de um conteúdo da dignidade da pessoa humana pelo próprio sujeito, a quem compete traçar o que configura uma vida digna para si<sup>208</sup>.

Conforme indicado acima, tal concepção coaduna-se com sociedade plural e aberta que exige a coexistência de diversas concepções particulares de bem. Assim,

---

<sup>206</sup> Art. 18º, n.º 3, Constituição da República Portuguesa de 1976. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

<sup>207</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 52.

<sup>208</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 58.

nas eventuais hipóteses de restrição a direitos fundamentais, incumbe a jurisdição constitucional garantir que não sejam invocados argumentos de ordem pessoal, baseados em uma noção particular de dignidade alheia ao sujeito.

Neste ponto, dois adendos fazem-se necessários. Inicialmente, importa salientar que, por si só, o consentimento do titular com a intervenção estatal não afasta a violação da dignidade da pessoa humana. Segundo Novais, intervenções estatais para a proteção do sujeito realizadas contra a sua vontade manifestada serão consideradas atentatórios a sua dignidade. No entanto, a depender das circunstâncias do caso, o eventual consentimento do indivíduo pode fazer com que esse caráter de violação seja relativizado, ou mesmo afastado por completo<sup>209</sup>.

Além disso, ainda que a pessoa anua com a restrição ao direito fundamental, o autor sustenta que esse consentimento não afasta o dever que incumbe ao Estado de verificar a manutenção das possibilidades futuras de autodeterminação do sujeito. Assim, o indivíduo não pode, voluntariamente, concordar com a supressão ou o desmantelamento das condições necessárias para a sua autodeterminação na medida em que isso o impeça de “continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos”<sup>210</sup>. Neste aspecto, denota-se o relevo do critério da reversibilidade delineado pelo Código Civil quando na regulação do direito ao próprio corpo que, nos termos anteriormente indicados não pode ser exercido em prejuízo do exercício futuro da liberdade substancial.

Desse modo, a atuação estatal deve considerar além dos bens jurídicos em questão, o peso relativo do consentimento do titular e as condições concretas que se apresentam. Em síntese:

Do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre o reconhecimento do poder de a pessoa dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental, desde que tal não anule ou destrua as condições futuras de autodeterminação e de livre desenvolvimento da personalidade. O consentimento do interessado é, assim, relevante para efeitos de relativização do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possa ser invocado como

---

<sup>209</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 60.

<sup>210</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 62.



fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais<sup>211</sup>.

Do exposto, tem-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto limite para a atuação do Estado, impõe à jurisdição constitucional a consideração da concepção de bem do sujeito em questão e o eventual consentimento deste, quando na análise de intervenções sobre os atos de disposição do próprio corpo. Contudo, o órgão julgador não pode se abster das necessárias ponderações a respeito da manutenção das capacidades futuras de desenvolvimento e conformação da personalidade, cuja afetação apenas pode ser verificada no caso concreto.

No que diz respeito às amputações voluntárias, colhe-se desse princípio a necessária consideração do consentimento do indivíduo com a redução de sua integridade física, de modo que eventual violação de sua dignidade não pode ser avaliada descolada de sua liberdade. No entanto, é preciso ponderar que a deficiência física resultante da extirpação pode, em determinados casos, configurar uma impossibilidade de realizar planos futuros, especialmente considerando a irreversibilidade da medida e a extensão da extirpação desejada. Nesses casos, pode ser imperiosa a proibição legal.

O princípio da igualdade figura como outro limite à intervenção estatal na liberdade dos indivíduos. Jorge Reis Novais afirma que, em razão da antiguidade, nota-se uma evolução pronunciada e multifacetada de seu conteúdo, com a manutenção das concepções tradicionais e, ao mesmo tempo, uma abertura a novas possibilidades de utilização. Neste sentido, remanesce a noção de igualdade como igual tratamento perante a lei. Não obstante, reconhecida a insuficiência da participação política na formação da vontade geral e das garantias de generalidade e abstração, atualmente acrescenta-se as preocupações com a igualdade material no plano da criação da lei e de seu conteúdo<sup>212 213</sup>.

---

<sup>211</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 61.

<sup>212</sup> “A igualdade do Estado social não é mais tratar tudo e todos da mesma forma, mas passa a ser entendida, num lema sempre repetido, como igualdade material traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*” (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 104).

<sup>213</sup> Tendo em vista o princípio da igualdade, a Constituição portuguesa prevê em seu artigo 18º, nº 3 que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto”. Ponderando criticamente essa disposição, Jorge Reis Novais afirma que, nas restrições aos direitos fundamentais, não há identidade entre o princípio da igualdade e a exigência de generalidade e

Neste contexto, importa indagar quais critérios são admissíveis para autorizar a adoção de tratamentos diferenciados pelos poderes estatais. Segundo o Novais, a resposta a questão não prescinde de valorações particulares, que são impassíveis de uma adesão universal. Contudo, afirma que essas valorações devem se ater às ponderações a respeito da dignidade humana que, conforme indicado acima, exige igual consideração e respeito a todas as pessoas<sup>214</sup>. Nesse sentido, devem ser invalidadas pelo julgador as diferenciações promovidas sem uma fundamentação suficiente e compatível com os critérios constitucionais. Assim, em termos práticos, o princípio da igualdade identifica-se com a proibição do arbítrio<sup>215</sup>.

O autor ainda reforça essa identificação com a presunção de ilegitimidade no que diz respeito às diferenciações feitas com base em fatores suspeitos – tais como sexo ou raça, presunção essa que apenas poderá ser afastada se forem apresentadas razões justificadas ou demonstrada a necessidade de promoção de igualdade naquele domínio, considerando-se, em todo caso, as circunstâncias concretas<sup>216</sup>. Tais fatores suspeitos também não se resumem às hipóteses tipificadas pela Constituição, podendo englobar situações em que: (i) a diferença resultar em afetação séria de direitos fundamentais; (ii) a diferença for dirigida ao reforço das posições, correntes ou concepções majoritárias, distorcendo, em favor dos que já dispõem de condições objetivas à partida mais favoráveis, as regras de uma competição livre entre ideias, grupos ou posições em concorrência<sup>217</sup>.

Desse modo, tem-se que a aplicação do princípio da igualdade no controle das restrições aos direitos fundamentais deve ser operada pelo tribunal

---

abstração das leis restritivas. Segundo o autor, “há fatores de natureza diferenciada que relativizam a aparente rigidez [dessa] proibição” e, por vezes, tornam imprescindíveis as diferenciações em prol da própria igualdade (p. 105-106). Neste sentido, é necessária “[...] a ponderação dos interesses opostos que reclamam aplicação no caso concreto, tendo, designadamente, em conta se são actuais os perigos de potencial tratamento desigual e de arbitrariedade que a utilização de uma tal forma encerra ou se, ao invés, são mesmo razões de igualdade, de indispensabilidade e de justiça material que exigem um intervenção restritiva com aquele âmbito limitado” (p. 108-109). Recomenda-se a leitura: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 801-815.

<sup>214</sup> Neste sentido, são ilegítimas as distinções que “[...] se baseiem exclusivamente em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo ou em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar” (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 110).

<sup>215</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 111.

<sup>216</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 112-113.

<sup>217</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 114.

constitucional enquanto uma proibição ao arbítrio do poder público, que afasta intervenções diferenciadas não amparadas por uma fundamentação consistente e consoante a Constituição, considerando, em todo caso, a eventual presença de fatores de suspeição.

Por sua vez, o princípio da proibição do excesso como “limite aos limites” encontra previsão expressa na Constituição portuguesa. A despeito de tal reconhecimento, Novais pondera que o princípio advém de uma construção de Estado baseada na dignidade da pessoa humana, segundo a qual as relações Estado-particular estão fundadas essencialmente na liberdade dos sujeitos, sendo a interferência estatal uma exceção condicionada a observância de certos requisitos pré-estabelecidos. Esclarece o autor:

Assim, a pessoa humana será inconstitucionalmente degradada e coisificada – e, daí, a fundamentação remota do princípio da proibição do excesso na dignidade da pessoa humana – quando o Estado a afecte desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual e a uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de protecção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes<sup>218</sup>.

Novais delinea o conteúdo do princípio da proibição do excesso como categoria abrangente integrada por outros cinco princípios, a seguir expostos brevemente. São eles: (i) o princípio da idoneidade (ou da aptidão); (ii) o princípio da indisponibilidade (ou do meio menos restritivo); (iii) o princípio da proporcionalidade; (iv) o princípio da razoabilidade; e (v) o princípio da determinabilidade.

O princípio da idoneidade exige que a medida restritiva da liberdade do sujeito seja apta à realização – ainda que não integral – do fim perseguido com aquela restrição. Trata-se, pois, de uma análise formal do meio elegido para aquele objetivo, prescindindo de exames valorativos sobre a medida restritiva e partindo do pressuposto da legitimidade constitucional do fim visado – averiguada anteriormente com base em outros mecanismos de controle<sup>219</sup>.

O princípio da indispensabilidade, a seu turno, demanda a verificação sobre a existência de outro meio tão eficaz quanto o elegido, que, todavia, seja menos

---

<sup>218</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 163.

<sup>219</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 167.

agressivo à liberdade da pessoa envolvida. Consiste, essencialmente, em uma comparação entre meios disponíveis, considerando os seus resultados possíveis. Em todo caso, deve-se ter em conta a “sensibilidade subjetiva dos próprios interessados”, uma vez que a restrição pode apresentar significado diverso para cada indivíduo<sup>220 221</sup>.

Por sua vez, na aplicação do princípio da proporcionalidade “[...] avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado”<sup>222</sup>. Trata-se de uma comparação entre os sacrifícios impostos à liberdade individual em face dos benefícios visados e obtidos, valorando-se essas duas grandezas com base em dados circunstanciais – tal como a intensidade e a duração da afetação<sup>223</sup>.

Ainda, o princípio da razoabilidade analisa a restrição imposta à liberdade em consideração às consequências na esfera pessoal do indivíduo afetado. Assim, o juiz constitucional deve se atentar à subjetividade da pessoa que sofre a afetação, sem prejuízo de eventuais ponderações de outros interesses relevantes no caso<sup>224</sup>.

Por último, o princípio da determinabilidade demanda que o alcance e a medida das restrições sejam claramente reconhecidos e previsíveis, tanto em seu conteúdo quanto em seus efeitos, ainda que elas possam se amparar em leis de caráter geral e abstrato. Nada obstante, a aplicação desse princípio não se traduz na

<sup>220</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 171-173.

<sup>221</sup> Na aplicação do princípio da indispensabilidade, Jorge Reis Novais salienta que o juiz constitucional não deve abdicar de juízos de valoração, porquanto, no sistema de fiscalização português, o magistrado não pode substituir uma medida mais restritiva por outra, senão que precisará anula-la, remetendo a questão para o legislador, a quem incumbe adoptar uma medida menos restritiva. Considerando a existência de um lapso temporal em que a situação estará completamente desprotegida, o magistrado deverá ponderar fatores como “[...] a gravidade da restrição, o ganho em liberdade que a medida alternativa eventualmente proporcionaria ou a importância da consecução do fim em causa, o que, reduz inevitavelmente o grau de objectividade potencialmente inscrito neste tipo de controlo” (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 176-177).

<sup>222</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 178.

<sup>223</sup> Pela ausência de uma metodologia ou de parâmetros objetivos, suscita o risco de subjetivismo, intuícionismo e casuísmo. No entanto, apesar dessas habilidades, é uma ferramenta indispensável ao controle de constitucionalidade, porquanto os demais princípios não esgotam o âmbito de garantia que pode ser proporcionado pelo princípio da proibição do excesso (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 181-182).

<sup>224</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 187.

exclusão de qualquer margem de discricionariedade aos agentes estatais, mas somente exige que seja permitido ao cidadão conhecer o sentido da lei, para que possa, a partir daí, guiar suas ações<sup>225</sup>.

Esses cinco princípios integrantes do princípio mais abrangente da proibição do excesso, cada qual com seu núcleo específico e aplicados conjuntamente, visam a evitar intervenções restritivas que ultrapassam o que é estritamente necessário para proteger o bem jurídico que justifica a restrição, cuidando, em qualquer hipótese, do sujeito concreto envolvido.

No caso das amputações voluntárias – pode-se dizer, aplicando-se as premissas gerais traçadas por Novais – que seria imprescindível ponderar sobre os benefícios resultantes da proibição em comparação com os sacrifícios impostos ao indivíduo subjetivamente considerado. Isto porque, em que pese a preservação da integridade física do sujeito, conforme indicado no capítulo precedente, a manutenção do membro indesejado pode causar profundo sofrimento nos pacientes e impedir-lhes de alcançar seu bem-estar e maior qualidade de vida.

Por fim, Jorge Reis Novais elenca como “limite aos limites” o princípio da proteção da confiança. Segundo o autor, embora não seja reconhecido expressamente pela Constituição portuguesa, trata-se de elemento essencial do Estado de Direito, que deve garantir aos particulares estabilidade e segurança para que tracem seus planos de vida, sob pena de instrumentalizá-los aos seus próprios fins. Em suas palavras:

Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos de actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal<sup>226</sup>.

No entanto, na aplicação do princípio da confiança não se pode olvidar que no Estado de Direito os poderes públicos estão vinculados à prossecução do interesse público, o que pode exigir alterações legislativas e jurisprudenciais com vistas a alcançar fins constitucionalmente legítimos. Consoante Novais, ao final, a análise

---

<sup>225</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 192-193.

<sup>226</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 261-262.

dependerá “da ponderação entre os interesses de segurança jurídica, de previsibilidade e de protecção da confiança dos cidadãos, de um lado, e os interesses prementes que pretendem justificar a excepção, do outro”<sup>227</sup>.

Do exposto, fundamenta-se na reserva geral de ponderação a possibilidade de intervenção estatal na esfera de liberdade negativa do sujeito para protegê-lo de si mesmo. Não obstante, partindo-se de uma concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, reconhecida a tensão com a liberdade individual, a eventual prevalência da concepção majoritária deve se ancorar em uma fundamentação rígida e consoante a ordem constitucional.

Neste sentido, compete ao Judiciário, em suas decisões, atender às exigências de racionalização e objetivação interna quanto ao procedimento de ponderação, bem como estruturar seus juízos em estrita observância dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso e protecção da confiança -, que impõem balizas a toda e qualquer atuação estatal.

Desses “limites aos limites” delineados por Jorge Reis Novais, acredita-se colher elementos importantes para ponderar eventuais restrições estatais à liberdade do sujeito para dispor de seu próprio corpo como lhe aprouver – em especial no caso das amputações voluntárias, em que a intervenção ocorre para proteger o sujeito de si mesmo, contra a sua vontade manifestada. No entanto, ressalta-se, uma vez mais, que as conclusões do professor da Faculdade de Lisboa não foram desenvolvidas com esse objetivo específico, porquanto este delicado tema não é objeto de análise pelo autor.

---

<sup>227</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 266.

### CAPÍTULO III

#### A POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA LIBERDADE POSITIVA: A AMPUTAÇÃO E O DIREITO DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO

Conforme salientado anteriormente, este trabalho propõe-se a pensar a questão das amputações voluntárias e a sua proibição no ordenamento jurídico brasileiro sob a perspectiva da liberdade negativa e da liberdade positiva do sujeito envolvido. Neste íterim, o capítulo precedente foi dedicado a (re)pensar os limites às intervenções estatais em espaços de liberdade negativa do indivíduo, considerando que, a princípio, os atos de disposição do próprio corpo não produzem efeitos diretos na esfera jurídica de terceiros.

Por outro lado, no presente capítulo pretende-se refletir a questão enquanto um exercício da liberdade positiva pelo indivíduo na conformação de seu corpo. Assim, a partir das ponderações acima realizadas sobre a atual compreensão das amputações voluntárias, e com as cautelas que o tema requer, propõe-se a considerar a possibilidade de a extirpação configurar uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade. Essa perspectiva vai além da abordagem patologizante do fenômeno, sem, contudo, olvidar da imprescindibilidade do viés médico para sua apreensão.

Neste ponto, retomam-se as considerações formuladas por Le Breton quando no desenvolvimento de um estudo antropológico sobre o corpo. O autor sustenta que a existência do homem é, por natureza, corporal, na medida em que o corpo é que dá “a espessura e a sensibilidade de seu ser no mundo”, funcionando como suporte material para suas percepções e operador de todas as práticas sociais<sup>228</sup>.

Se nas sociedades tradicionais de composição holista o homem é indiscernível de seu corpo e está imerso no cosmos, na natureza e na comunidade<sup>229</sup> – trata-se de “ser” o seu corpo –, a partir do desenvolvimento do individualismo, predomina na modernidade uma visão dualista do corpo, distinto e

---

<sup>228</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 11.

<sup>229</sup> “Nessas sociedades, as representações do corpo são, de fato, representações do homem, da pessoa. A imagem do corpo é uma imagem alimentada das matérias-primas que compõem a natureza, o cosmos, em uma espécie de indistinção” (LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 31).



distante do homem que o encarna – trata-se, então, de “ter” o seu corpo<sup>230</sup>. Assim, o corpo moderno implica no isolamento do sujeito e opera como um “signo do indivíduo”, um fator de sua diferenciação. Neste sentido, Le Breton elucida:

O corpo como elemento isolável do homem, ao qual empresta seu rosto, não é pensável senão nas estruturas sociais do tipo individualista, nas quais os homens estão separados uns dos outros, relativamente autônomos em suas iniciativas, em seus valores. O corpo funciona à maneira de um marco de fronteira para delimitar perante os outros a presença do sujeito. Ele é fator de individuação<sup>231</sup>.

Em que pese a concepção anatomofisiológica de corpo – fundada no saber biomédico – seja mais correntemente admitida no ocidente, o pesquisador ressalta que as sociedades estruturadas em torno do individualismo têm como traço fundamental o desenvolvimento de um caráter plural e polifônico das referências coletivas, e o corpo não escapa a essa tendência.

Neste seguimento, assiste-se nas sociedades ocidentais a uma “multiplicação de imagens do corpo, mais ou menos organizadas, em rivalidade umas em relação às outras”, porquanto cada indivíduo “bricola” sua representação do seu próprio corpo, que opera como local de sua singularidade<sup>232</sup>. Assim, Le Breton resume o papel desempenhado pelo corpo na modernidade nos seguintes termos:

O corpo, neste imaginário, é uma superfície de projeção na qual se põem em seu devido lugar os fragmentos do sentimento de identidade pessoal fragmentado pelos ritmos sociais. A partir da colocação em ordem e em sentido de si, pela mediação de um corpo que ele dissocia e transforma em tela, o indivíduo age simbolicamente sobre o mundo que o cerca. Ele busca sua unidade de sujeito agenciando signos nos quais procura produzir sua identidade e se fazer reconhecer socialmente<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Entre os séculos XVI e XVII nasce o homem da Modernidade: um homem cindido de si mesmo (aqui sob os auspícios da divisão ontológica entre o corpo e o homem), cindido dos outros (o cogito não é o cogitamos) e cindido do cosmos (doravante o corpo não pleiteia mais do que por si mesmo; desenraizado do resto do universo, ele encontra seu fim em si mesmo, ele não é mais o eco de um cosmos humanizado) (LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 89).

<sup>231</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 32.

<sup>232</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 135-136.

<sup>233</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012. p. 275.

Das considerações do autor, colhe-se a hodierna importância do corpo para conformação da personalidade do sujeito, que o constrói como um fator de identidade pessoal pelo qual atua em seu meio social e se coloca perante o mundo. Neste contexto, evidencia-se a relevância dos atos de disposição do próprio corpo enquanto exercício de um direito da personalidade.

No presente trabalho, o referido exercício – consubstanciado na extirpação de um membro do corpo – é pensado sob o viés da liberdade positiva que, nos termos expostos no item 1.3, consiste no poder de decidir os rumos da própria vida. Neste sentido, em um primeiro momento, propõe-se refletir sobre a admissibilidade da renúncia à integridade física no Estado de Direito em matéria de direitos da personalidade, subscrevendo novamente – e com as devidas reservas – o arcabouço teórico de Jorge Reis Novais. Na sequência, a fim de oferecer suporte à análise concreta da possibilidade de abdicação, intenta-se ponderar a respeito de possíveis releituras dos critérios elegidos pelo artigo 13 do Código Civil, que considerem o sujeito singular no exercício de suas liberdades – que, invariavelmente, baliza a sua aplicação. Por fim, busca-se explorar a eventual legitimidade das amputações voluntárias em um contexto despatologizante, perquirindo sobre a atual compreensão do fenômeno.

### 3.1 A ADMISSIBILIDADE DA RENÚNCIA À INTEGRIDADE FÍSICA EM MATÉRIA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pensar a possibilidade de extirpação de um membro do corpo como manifestação da personalidade, invariavelmente, invoca questionamentos atrelados à violação da integridade física do sujeito, ainda que o procedimento seja realizado por seu requerimento expresso e voluntário. Isto porque a integridade física é garantida ao indivíduo pela ordem constitucional e infraconstitucional, resguardada mesmo nas hipóteses de “autolesão”, conforme os critérios estabelecidos pelo artigo 13 do Código Civil quando na regulação dos atos de disposição do próprio corpo.

Neste ponto, relevante salientar que, consoante indicado no item 1.2, não se olvida a insuficiência da tutela da integridade física em matéria de direitos da personalidade, fazendo-se necessária também a consideração do bem-estar mental do paciente quando na permissão ou proibição dos atos de disposição do corpo. Ainda assim, o argumento da saúde psicológica, por si só, pode não ser bastante

para afastar, a tutela concedida a intangibilidade do corpo no ordenamento jurídico pátrio. Em tal contexto, é imprescindível indagar sobre a possibilidade de o indivíduo abdicar de sua integridade física com vistas a conformar seu corpo com a sua personalidade, tendo em conta que a eventual amputação voluntária dar-se-ia no âmbito das relações entre particulares.

Neste sentido, retoma-se o referencial desenvolvido pelo professor português Jorge Reis Novais quando na análise da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais. Na oportunidade, o autor reflete sobre a legitimidade do consentimento do titular de um direito fundamental para abdicar das posições jurídicas tuteladas pela norma, bem como sobre os eventuais limites, pressupostos e requisitos no contexto do Estado de Direito.

Importa consignar, neste aspecto, que suas ponderações se voltam para as relações entre os indivíduos e o Estado, de modo que, dentro de certos parâmetros – a serem expostos na sequência, a concordância do titular de um direito fundamental pode afastar a esfera de proteção concedida pela norma. Não obstante o enfoque adotado em seus estudos, Novais reconhece a possibilidade de renunciar a direitos fundamentais também nas relações entre particulares, com a ressalva de que, nestes casos, a eficácia dos direitos fundamentais é mediata em razão dos deveres de proteção que recaem sobre os poderes públicos<sup>234</sup>. Com essa reserva e feitas as devidas adaptações interpretativas, neste trabalho subscreve-se para as relações privadas suas conclusões sobre a renúncia aos direitos fundamentais nas relações Estado/cidadão.

Segundo Jorge Reis Novais, em seu núcleo essencial, a renúncia de um direito fundamental consiste “no compromisso individual e voluntário de um cidadão

---

<sup>234</sup> O autor afasta a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não em razão da autonomia do Direito privado, mas considerando sua concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Neste sentido, “[...] é, precisamente, porque do outro lado da relações jurídicas se encontram agora, não o Estado, mas outros particulares, isto é, outros titulares de outros tantos e idênticos *trunfos*, que se considera ser a aplicabilidade ou a eficácia directa dos direitos fundamentais teoricamente insustentável” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 9-10). Recomenda-se a leitura do capítulo II da obra referenciada, intitulado “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”.

não invocar, temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada de direitos fundamentais”<sup>235</sup>.

Embora alguns autores sugiram a substituição do termo “renúncia” – que parece indicar a impossibilidade absoluta de qualquer reivindicação futura de exercício do direito fundamental<sup>236</sup>, Novais insiste na utilização da expressão. Neste sentido, argumenta que a reticência desses autores desconsidera a existência de duas questões distintas: de um lado, está o conceito de renúncia, e, de outro, há que se refletir sobre os eventuais limites desse poder de disposição individual.

Proposta essa terminologia e definição, o autor pondera se deve a ordem jurídica do Estado de Direito reconhecer ao sujeito esse poder de disposição individual, e, em todo caso, sob qual fundamento e parâmetros pode fazê-lo.

Conforme delineado no item 2.3 acima, para Jorge Reis Novais ser titular de um direito fundamental significa ter um “trunfo”, dispor de posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais que compreendem um conjunto de pretensões, faculdades e poderes em face do Estado. Neste seguimento, sustenta o autor que, a princípio, a titularidade de um direito fundamental abrange a faculdade de dispor das possibilidades de ação que dele decorrem, incluindo-se aí o “poder de disposição acerca do *se*, do *quando* e do *como* do seu exercício (ou não exercício fático)”<sup>237</sup>. Assim, *prima facie*, o sujeito pode renunciar a direito fundamental no Estado de Direito.

Excepciona a essa regra os casos em que os direitos fundamentais são previstos na Constituição simultaneamente como deveres, sendo evidente a sua indisponibilidade por parte do titular. Contudo, consigna o autor que tais situações devem ser realmente excepcionais no paradigma do Estado de Direito, que se assenta na dignidade da pessoa humana e tem como valor fundamental o livre desenvolvimento da personalidade. Nas palavras de Novais:

---

<sup>235</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 219-220. “[...] nomeadamente, compromete-se, em geral a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito”.

<sup>236</sup> Neste sentido, alguns autores propõem a substituição do termo “renúncia” por “disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais”, tido como mais “brando” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 219).

<sup>237</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 234.

É que, se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um *trunfo* nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria<sup>238</sup>.

Neste ponto, faz-se necessário ponderar sobre a dita irrenunciabilidade afirmada em torno dos direitos fundamentais e mesmo sobre os direitos da personalidade. Sobre a questão, Novais esclarece que o carácter irrenunciável provém das declarações de Direitos clássicas e representava, à época, a concepção de direitos fundamentais como direitos naturais, inerentes ao homem, pré e supra estatais. Segundo o autor, hodiernamente, esse atributo dos direitos fundamentais reflete-se na impossibilidade de disposição por parte dos poderes públicos, cuja atuação é vinculada à sua realização<sup>239 240</sup>.

Constatada a renunciabilidade de um direito fundamental, insta ponderar sobre os limites desse poder de disposição individual. Neste aspecto, o autor salienta que é preciso considerar que, em todo caso, a renúncia configura-se em uma dupla dimensão, como restrição e, ao mesmo tempo, como exercício.

Por um lado, a renúncia resulta em inegável restrição ao direito fundamental em questão, uma vez que diminui a esfera de proteção garantida pela norma. Nos dizeres do autor:

É que, sendo originariamente expressão de exercício de direito fundamental, ela determina objectivamente um enfraquecimento das posições individuais de direitos fundamentais, pelo que a renúncia é, também, restrição de direito fundamental, pelo menos quando, por razões de rigor e de efectividade de defesa dos direitos fundamentais,

---

<sup>238</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 235.

<sup>239</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 240.

<sup>240</sup> Na mesma senda, em matéria de personalidade, Thamis de Castro critica a determinação do art. 11 do Código Civil, que, assinalando a irrenunciabilidade de direitos personalíssimos, condiciona o exercício da autonomia existencial à existência de uma previsão legal anterior. Para a autora, o dispositivo encontra-se em desacordo com a concepção de personalidade como desdobramento da dignidade humana ao ignorar a impossibilidade de descrição legal taxativa de suas mais variadas possibilidades de manifestação (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 96-97).

considerarmos que o conceito de restrição deve ser objectiva e ampliativamente entendido<sup>241</sup>.

De outro modo, a renúncia também se traduz em uma verdadeira forma de exercício do direito fundamental em questão, porquanto sua titularidade também inclui a possibilidade de disposição pelo sujeito, inclusive no sentido de limita-lo, contanto que se configure como “expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade”<sup>242</sup>. Neste último aspecto, o indivíduo pode, por meio da renúncia, perseguir a realização de interesses próprios que, naquelas circunstâncias, ele considere mais relevantes que os objetivos alcançados em eventual exercício positivo daquele direito fundamental.

Outrossim, Novais elucida que esse exercício engloba a possibilidade de realizar escolhas que, eminentemente, não são racionais e destoam do senso social dominante. Neste sentido, afirma que o atual Estado de Direito não pode arrogar para si a função de proteger o indivíduo dele próprio, tratando-se de postura paternalista injustificada que viola frontalmente a liberdade dos cidadãos – que, em primeira instância, constitui seu próprio fundamento<sup>243</sup>.

Observa-se das conclusões do autor a associação entre a renúncia a direito fundamental e o exercício da liberdade positiva pelo sujeito, esta entendida enquanto poder de decidir os rumos de sua própria vida. Neste aspecto, Jorge Reis Novais também rechaça o conceito de liberdade positiva delineado por Isaiah Berlin – exposto no item 1.3, cujo exercício seria vinculado, orientado e obrigatório na direção determinada pelo Estado, definida como “correta”, “boa” ou “verdadeira”.

No entanto, ainda que decorra da vontade manifestada pelo indivíduo, consoante acima indicado, não se pode olvidar que a renúncia também se configura como restrição à direito fundamental, porquanto reduz a esfera de proteção concedida pela norma ao titular.

Parte da doutrina recusa esse carácter restritivo da renúncia a direito fundamental, como se o consentimento manifestado pelo titular “recortasse” uma área de proteção do direito fundamental, que, a partir de então, restaria excluída do

---

<sup>241</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 236.

<sup>242</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 235.

<sup>243</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 235-236.

seu âmbito de tutela. Intervenções estatais nessa área “recortada” não configurariam verdadeira intervenção a direitos fundamentais, e, portanto, estariam isentas da submissão aos limites respectivos. Assim, “as fronteiras traçadas por um direito fundamental enquanto norma de competência negativa seriam flutuantes, na medida em que o seu traçado seria, para cada situação concreta, amovível, consoante a vontade do titular”<sup>244</sup>.

Jorge Novais se opõe a essa concepção de renúncia, reputada inadequada para a compreensão de sua natureza jurídica, bem como insuficiente para a resolução dos problemas por ela suscitados. Nesta toada, alerta para o risco efetivo de o exercício de um direito fundamental se converter em anulação da liberdade e frustração das possibilidades futuras de autodeterminação e desenvolvimento da personalidade do sujeito, de modo que sua esfera de proteção não pode ser reportada apenas ao consentimento do seu titular. Neste sentido, adverte que tal concepção afasta as garantias materiais do Estado de Direito no controle de legitimidade das intervenções estatais, pois, não se tratando de restrições a direitos fundamentais, seria inexigível a observância dos respectivos limites aos limites<sup>245</sup>.

Em sentido contrário, o autor sustenta a irrevogável vinculação dos entes públicos aos princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito que delimitam a sua atuação. Assim, em que pese o consentimento do titular manifestado como renúncia, os poderes estatais devem se atentar à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à proibição do excesso e à proteção da confiança. Consoante delineado no capítulo precedente, tais princípios operam como balizas para o Estado, funcionando, em última instância, como parâmetro para a averiguação da constitucionalidade dos atos praticados pelos poderes públicos.

Cenário distinto tem-se nas relações privadas, embora seja possível a renúncia a direitos fundamentais também nesta seara, conforme consignado anteriormente. Isto, pois, segundo Novais, a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares depende da mediação estatal, em observância aos deveres de proteção que vinculam a atuação dos entes públicos<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 237.

<sup>245</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 238.

<sup>246</sup> Neste ponto, Jorge Reis Novais afasta a teoria da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Segundo o autor, embora se reconheça que as ameaças a direitos



Neste aspecto, esclarece o autor que os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão objetiva, uma vez que possuem um conteúdo jurídico objetivo resultado do processo de reconhecimento como princípios e valores constitucionais. Desse conteúdo decorre o efeito de irradiação dos direitos fundamentais a todo o ordenamento e a obrigação jurídica de sua tutela que, irremediavelmente, vincula toda a atuação estatal. Neste sentido, a norma impõe ao Estado especiais deveres de proteção, de sorte que a ele incumbe conformar as relações particulares em atenção aos direitos fundamentais.

Em primeira instância, esse dever de proteção é exercido pelo Poder Legislativo democraticamente eleito, a quem compete possibilitar a coexistência pacífica e paritária das liberdades dos cidadãos através da edição de normas ordinárias que garantam a tutela dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>247248</sup>. Elucida o autor que, “nessa altura, se o Estado impõe legislativamente [...] determinados deveres de comportamento aos particulares, então daí nascem direitos subjectivos invocáveis nas relações privadas<sup>249</sup>.

---

fundamentais partem também de particulares – consciência esta que estava presente mesmo no Estado moderno oitocentista -, a história e o desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais enquanto garantias destinadas a salvaguarda da liberdade frente aos poderes estatais, aplicadas com limites precisos, objetivos e fundamentáveis, não pode ser transposta para este campo. O autor esclarece que é inegável que, com o advento do Estado social, os poderes públicos assumiram novos papéis na preservação da liberdade nas relações privadas. Porém, não o fez com recurso a tese da eficácia direta, mas por meio dos especiais deveres de proteção que decorrem da norma constitucional. Neste sentido, Novais argumenta que os desequilíbrios de poder nas relações privadas são inerentes ao pluralismo social e podem ser adequadamente balanceados pela atuação do legislador ordinário. Ademais, considerando a sua concepção de direito fundamental como trunfo, afirmar eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares traduzir-se-ia em reconhecer que dos dois lados de uma relação os participantes possuem trunfos de igual valor. Em situações de conflito, os argumentos pela prevalência de um seriam facilmente neutralizados porquanto podem ser igualmente invocados pelo outro. Ainda, nesses casos, será inevitável o recurso ao Judiciário, passando a eficácia dos direitos fundamentais pela recusada mediação do Estado. Assim, Novais afasta a tese de eficácia imediata, porquanto resulta em enfraquecimento da efetividade dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição. Recomenda-se a leitura: Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 60-116.

<sup>247</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 74.

<sup>248</sup> “Mas se ou enquanto o Estado não o fizer, os particulares são livres, o princípio constitucional da igualdade [assim como todos os demais direitos fundamentais], para lá de um dever geral de respeito, não os limita directa e juridicamente” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 98).

<sup>249</sup> Do contrário, o titular não poderá exigir a observância de seu direito fundamental frente a outro particular. Esclarece o autor: “De outra forma, a tomar a sério a qualidade de direitos subjectivos oponíveis a outros particulares, tal significaria que os *novos* destinatários dos direitos fundamentais estariam, tal como o Estado está, obrigados à observância daqueles diferentes princípios ou subprincípios. Todo a dogmática laboriosamente construída, no que se refere ao Estado, de controlo das restrições aos direitos fundamentais teria agora que ser transposta para domínio das relações particulares. Eles poderiam igualmente restringir ou intervir restritivamente nos direitos fundamentais

Não obstante, na ausência de lei ou de cláusulas gerais que possam garantir a tutela horizontal de um direito fundamental, Jorge Novais ressalta que é necessário recorrer ao Poder Judiciário que, também vinculado aos deveres de proteção, é instado a intervir em situações de premente necessidade e déficit de tutela da liberdade individual nas relações particulares<sup>250</sup>.

Nessas hipóteses, o autor adverte que a norma de direito fundamental não confere ao particular um direito subjetivo oponível a outro particular. De modo diverso, em razão de sua dimensão objetiva - que, conforme ressaltado, gera deveres gerais de proteção a todos os poderes públicos - o juiz será excepcionalmente autorizado e convocado a atuar, com recurso direto a norma constitucional, para a resolução de conflitos entre privados – mas, ressalte-se, tão somente nas hipóteses em que o legislador não tenha cumprido adequadamente com seu dever<sup>251</sup>.

Em tal contexto, tem-se que os “limites aos limites” não vinculam a atuação dos particulares, mas apenas do Estado. Assim, na hipótese de renúncia a direito fundamental nas relações privadas – que, em geral, se configura pela abdicação dos direitos subjetivos reconhecidos pelo legislador democrático - os indivíduos não estão obrigados a observar a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proibição do excesso ou a proteção da confiança.

Afastada a observância dos “limites aos limites” pelos particulares em situações de renúncia à direito fundamental, e excepcionalmente admitida a atuação direta do Poder Judiciário em casos de déficit de proteção da liberdade, é preciso considerar, ainda, os pressupostos a autorizar a renúncia, a serem avaliados segundo as circunstâncias do caso concreto.

Nessa toada, Jorge Novais aponta que a renúncia exige uma manifestação de vontade do titular de direito fundamental declarada no sentido de produzir o

---

dos seus concidadãos, mas só desde que observassem os correspondentes princípios constitucionais, da igualdade à dignidade da pessoa humana, da indispensabilidade à razoabilidade, da proporcionalidade à existência de um fim legítimo e ponderoso para a restrição”. Assim, a tese da eficácia direta “transforma os direitos fundamentais, de garantias jurídicas da liberdade individual [...] em fundamentos de pesada restrição e limitação da liberdade e autonomia individuais (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 102-103).

<sup>250</sup> Em todo caso, o julgador deve, ainda, ponderar o seu dever de proteção com outros princípios que apontem em sentido contrário (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 107).

<sup>251</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 75.

“enfraquecimento de uma posição jurídica por ele tutelada”<sup>252</sup>. Para tanto, o emitente da declaração deve ser o próprio titular do direito fundamental ao qual a renúncia se dirige. Assim, na hipótese de consentimento expresso por terceiros – como nos casos de testemunhas de Jeová em que os pais recusam a realização do procedimento de transfusão sanguínea em seus filhos, trata-se em verdade de restrição heterônoma de direito fundamental, e não propriamente de renúncia<sup>253</sup>.

Ademais, a voluntariedade constitui outro pressuposto da renúncia, e, por sua vez, requer que a declaração de vontade do titular seja emitida de maneira consciente e voluntária, estando informado e podendo valorar sua decisão, livre – tanto quanto possível – de interferências externas que figurem como controladoras<sup>254</sup>. Neste aspecto, não se descuida da inevitável influência do meio sobre a tomada de decisão pelo sujeito, porquanto o próprio desenvolvimento da personalidade possui uma dimensão social. Não obstante, tal influência não pode ser exercida de modo a coagi-lo a agir contra a sua vontade consciente.

Outrossim, consoante aponta Novais, também é pressuposto da renúncia que ela se traduza para o titular como um verdadeiro exercício da liberdade, no sentido de perseguir seus próprios interesses críticos, exigindo-se, por fim, que a abdicação resulte em alguma vantagem para indivíduo<sup>255</sup>. Isso porque, conforme já destacado, a renúncia se configura também como exercício de um direito fundamental uma vez que, por meio dela, o indivíduo pode realizar anseios pessoais que ele considere mais importante que os propósitos visados pelo exercício positivo daquele direito.

Assim, os pressupostos da renúncia a direito fundamental podem ser sintetizados na exigência de uma declaração de vontade emitida voluntariamente pelo titular, no sentido de abdicar de uma posição jurídica tutelada pela norma, da qual lhe resulte um benefício efetivo, permitindo-lhe a prossecução de seus fins pessoais com autonomia.

---

<sup>252</sup> Segundo o autor, a manifestação de vontade aqui em causa é similar àquela exigida no âmbito do direito privado para a celebração de um negócio jurídico, aplicando-se, *mutatis mutandis*, as mesmas regras (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 249-251).

<sup>253</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 250.

<sup>254</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 252.

<sup>255</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 252-254.

Além desses pressupostos, Jorge Reis Novais assinala que a renúncia a direito fundamental exige a observância de dois requisitos, quais sejam: a reserva da lei e a preferência da Constituição.

No Estado de Direito, toda a atuação dos poderes estatais na esfera dos direitos fundamentais carece de previsão expressa e fundamento legislativo prévios, ou ao menos uma habilitação por norma jurídica. Rememora-se que, ainda que observado o consentimento do titular, a renúncia se configura também como restrição a direito fundamental. Neste sentido, haveria que se observar a reserva da lei para permitir o almejado enfraquecimento da posição de vantagem decorrente norma fundamental.<sup>256</sup>

Por sua própria definição, esse requisito apenas se aplica às relações entre Estado e particular, deixando, portanto, de vincular as renúncias que se verificam no âmbito privado, que constituem o objeto do presente trabalho. Por essa razão, não serão dedicados maiores esforços ao enfrentamento da questão<sup>257</sup>.

Além do requisito formal da reserva da lei, admitida *prima facie* a possibilidade de renúncia a direito fundamental, Novais assinala a necessidade de análise do caso em apreço, de modo a verificar sua conformidade material aos princípios e regras constitucionais. Tal análise deve ocorrer mediante um procedimento de ponderação de valores e bens jurídicos<sup>258</sup>.

O autor entende ser inviável pré-estabelecer uma hierarquização dos valores constitucionais potencialmente em conflito ante a multiplicidade de situações possíveis de renúncia. Não obstante, se propõe a delinear pontos de apoio para promover um processo de ponderação racional e comprovável intersubjetivamente.

Neste seguimento, a primeira questão a ser posta diz respeito à disponibilidade concreta de determinada posição de direito fundamental, que, segundo Novais, é impassível de pré-determinação absoluta. Assim, impende

---

<sup>256</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 258.

<sup>257</sup> Para o autor, a resposta deve ser buscada considerando a dupla dimensão da renúncia, como restrição e exercício. Recomenda-se a leitura: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 258 e ss.

<sup>258</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 268.

considerar a natureza do bem tutelado, bem como as circunstâncias do caso em questão e o peso relativo das razões e interesses em conflito<sup>259</sup>.

Outrossim, a ponderação a autorizar a renúncia a direito fundamental deve ter em conta a dignidade da pessoa humana, consoante definição proposta pelo Jorge Novais exposta no item 2.3 do presente trabalho. Nessa toada, rememora-se que a dignidade humana não deve ter seu conteúdo transposto para o domínio dos bons costumes – consoante padrões de comportamento de uma classe dominante, tampouco se identificar com as concepções individuais dos julgadores. Outrossim, a definição de dignidade da pessoa humana deve ter em conta a autodeterminação do interessado e o seu poder de conformar a própria vida de acordo com suas concepções de bem<sup>260</sup>.

Neste ponto, o autor afasta a imposição de um padrão de dignidade pelo Estado ou por terceiros e refuta a possibilidade de as autoridades públicas, em nome de uma concepção de dignidade alheia ao sujeito, se arrogarem o poder de proteger o indivíduo de si mesmo, transformando a dignidade na imposição de um dever.

Por outro lado, Novais pondera que o sujeito não tem o poder ilimitado para determinar o próprio sentido de dignidade, que possui como núcleo mínimo essencial, a consideração da pessoa como um fim em si mesmo. Ademais, a dignidade será violada quando, a despeito do consentimento do titular, a renúncia resultar em “destruição ou anulação das condições de sua autodeterminação futura ou inibição da possibilidade de continuar a conformar sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos [...]”<sup>261</sup>.

Por fim, o procedimento de ponderação de valores e bens jurídicos demandado pela renúncia, exigiria a observância do princípio da proibição do excesso<sup>262</sup>. Nos termos expostos no capítulo II do presente trabalho, segundo Jorge

---

<sup>259</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 270.

<sup>260</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 276.

<sup>261</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 277.

<sup>262</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 278. O capítulo referenciado faz menção ao princípio da proporcionalidade, tal como a doutrina geralmente denomina. Não obstante, em texto posterior o autor desenvolve-o como princípio da proibição do excesso, estruturando-o de forma diversa da doutrina tradicional, consoante exposto no item 2.3 deste trabalho.

Reis Novais, o conteúdo do princípio da proibição do excesso é integrado por outros cinco, quais sejam: o princípio da idoneidade (ou da aptidão); (ii) o princípio da indisponibilidade (ou do meio menos restritivo); (iii) o princípio da proporcionalidade; (iv) o princípio da razoabilidade; e (v) o princípio da determinabilidade. Para as definições, remete-se ao item 2.3 acima.

Pelo exposto no presente item, verifica-se que, para Jorge Reis Novais, a renúncia a direito fundamental frente ao Estado demanda um complexo processo de análise em diferentes e subsequentes etapas, exigindo-se a averiguação *prima facie*, a observância dos “limites aos limites” vinculativos a toda atuação estatal, bem como a verificação, *in casu*, do atendimento aos pressupostos e aos requisitos da abdicação.

Consoante destacado anteriormente, ao subscrever suas conclusões para as renúncias efetivadas no âmbito das relações privadas, o enfrentamento dessas etapas ocorre de modo diferenciado, fazendo-se necessárias adaptações interpretativas porquanto em ambos os polos da relação há um particular.

No que concerne o objeto deste trabalho, propõe-se a reflexão sobre a possibilidade de renúncia à integridade física em matéria de direitos da personalidade. A questão é regulada pelo artigo 13 do Código Civil que, conforme explicitado acima, condiciona a legitimidade dos atos de disposição do próprio corpo que importem em diminuição permanente da física à existência de uma necessidade terapêutica que justifique o procedimento.

Da interpretação literal da referida disposição, nota-se que há uma margem de conformação do corpo deixada ao indivíduo, porquanto poderá abdicar da intangibilidade de seu corpo. Não obstante, essa possibilidade resta vinculada a uma finalidade específica – a garantia da saúde – a ser verificada mediante parecer técnico dos profissionais da medicina. Assim, a possibilidade *prima facie* da renúncia à integridade física em matéria de direitos da personalidade dependeria da exigência terapêutica.

Nessa toada, no caso das amputações voluntárias, concluir-se-ia que apenas a determinação médica poderia autorizar a renúncia à integridade física pelo sujeito. Diante da ausência de consenso sobre a questão – consoante evidenciado no item 1.1 acima – o pleito de amputação deveria então ser afastado em toda e qualquer hipótese.



Ocorre que, não obstante a previsão legal, o ordenamento jurídico pátrio permite intervenções que resultam em diminuição física permanente, ainda que ausente uma necessidade terapêutica. A título exemplificativo, citem-se as cirurgias estéticas embelezadoras que envolvem retirada de partes do corpo. Ou ainda, os casos recentes de realização de procedimentos cirúrgicos para remoção de órgãos em caráter preventivo, nos casos em que exames genéticos apontam a possibilidade futura de desenvolvimento de uma enfermidade. Nessa hipótese, embora tenha-se um parecer dos profissionais de saúde – quando na análise das probabilidades genéticas - entende-se que não há propriamente uma exigência médica ante a incerteza da manifestação da doença, configurando, em última instância, um ato voluntário de paciente<sup>263</sup>.

Neste contexto, em princípio, tem-se que no direito brasileiro há um espaço para a livre disposição individual sobre a integridade física que escapam a interpretação rígida do artigo 13 do Código Civil. Assim, nos termos desenvolvidos por Jorge Reis Novais, admite-se, *prima facie*, a renúncia à intangibilidade de seu corpo pelo titular, inclusive no sentido de autorizar uma amputação voluntária.

Ressalte-se que a renúncia à integridade física investigada nesta fase dá-se em caráter *prima facie*, em decorrência de parâmetros interpretativos gerais da norma contida no artigo 13 do Código Civil e de sua aplicação prática na realidade. Desse modo, a possibilidade concreta de abdicação da integridade física deve considerar também, *in casu*, os pressupostos e os requisitos da renúncia. Aqui, importa-nos somente esclarecer sobre a dita irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, que, à primeira vista, poderia afastar o pleito de amputação voluntária.

Com relação a observância dos “limites aos limites” - exigida em razão da dimensão da renúncia restritiva à direito fundamental, nos termos indicados anteriormente, verifica-se a não vinculação dos particulares. Isto, pois, a eficácia dos direitos fundamentais é mediata e ocorre através dos deveres de proteção que recaem sobre os poderes públicos, a quem incumbe conformar as relações

---

<sup>263</sup> A este respeito, cite-se o caso da atriz norte-americana Angelina Jolie, que, no ano de 2013, divulgou sua opção pela realização de “dupla mastectomia preventiva” após ter realizado exames genéticos que apontaram 87% de chance de desenvolver câncer de mama (JOLIE, Angelina. My medical choice. **The New York Times**, New York, 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?hp>>. Acesso em: 01 fev. 2020).



particulares em atenção aos direitos fundamentais. Essa conformação é realizada, em primeira instância, pelo legislador democraticamente eleito, e, subsidiariamente, pelo Poder Judiciário, em situações de premente necessidade e déficit de tutela da liberdade individual nas relações particulares.

No que diz respeito à integridade física em matéria de direitos da personalidade, dita conformação foi estabelecida pelo legislador ordinário no artigo 13 da codificação civil. Não obstante, a proteção conferida a intangibilidade do corpo se deu no sentido de limitar a liberdade de disposição individual, condicionando a legitimidade dos atos de disposição do próprio corpo que resultem em diminuição física à uma exigência médica.

Neste aspecto, entende-se que, ao eleger balizas rígidas e precisas, o Código Civil brasileiro restringiu sobremaneira o exercício do direito ao próprio corpo e, consequentemente, o desenvolvimento da personalidade. A supremacia conferida ao critério terapêutico parece atribuir exclusivamente aos profissionais da saúde o poder decisório sobre (i) legitimidade do exercício de um direito personalíssimo. Não obstante, a relação médico-paciente é marcada por um desequilíbrio tendencial na medida em que os profissionais de saúde possuem um conhecimento técnico sobre o corpo humano, na maioria das vezes, inacessível ao paciente.

Em tal contexto, consoante assinalado nos capítulos precedentes, a medicina, por vezes, reduziu o paciente ao corpo mecânico a ser analisado, tratado e aperfeiçoado de acordo com um padrão de normalidade, olvidando-se do ser humano singular envolvido - posição essa incompatível com o atual Estado de Direito calcado na dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, rememora-se a necessária consideração do bem-estar psicológico da pessoa envolvida, para além dos fatores fisiológicos e anatômicos inerentes ao ato de disposição do corpo.

Ademais, em que pese os dados técnicos que a suportam, o exercício da medicina inevitavelmente envolve a tomada de decisões ético-valorativas por seus profissionais. Neste sentido, o artigo 13 pode conferir suporte a abordagens puramente patológicas de atos de disposição do próprio corpo que sequer dizem respeito à saúde do indivíduo, mas constituem manifestações da personalidade que integram a “experiência de ser humano”.

Conquanto se reconheça a inegável relevância do saber médico para a promoção do bem-estar humano e, por conseguinte, para a atuação dos operadores do direito, desse conjunto de fatores entende-se que, nos termos dispostos pelo

artigo 13, a regra constante da codificação civil pode resultar em um déficit de tutela da liberdade individual do sujeito no que tange à disposição de seu próprio corpo. Nesta toada, eventualmente, o Poder Judiciário será convocado a atuar em dadas situações.

O recurso ao Judiciário pode se justificar, ainda, ante eventual utilização antidemocrática da cláusula de bons costumes insculpada no artigo 13 como substrato jurídico para imposição de padrões de comportamento da classe dominante, proibindo condutas sociais tidas como indesejáveis. Conforme ressaltado anteriormente, uma vedação legal neste sentido configura inegável violação à dignidade da pessoa humana, que exige a igual consideração das concepções pessoais de bem que guiam a vida de cada um, produzidas de forma individual e contínua ao longo da vida do sujeito. Outrossim, o déficit de proteção a justificar a intervenção do Judiciário pode decorrer da limitação excessiva à liberdade do sujeito relativa à reversibilidade dos atos de disposição do próprio corpo, em que pese, na prática, o ordenamento jurídico autorize intervenções de menor grau.

Verificada a admissibilidade *prima facie* da renúncia à integridade física no âmbito dos direitos da personalidade – inclusive no sentido de autorizar a amputação voluntária, afastada a observância dos “limites aos limites” pelos particulares, e admitida a eventual intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses em que aplicação do artigo 13 do Código Civil resulte em déficit de liberdade individual, impende, ainda, considerar os pressupostos e os requisitos da abdicação, a serem verificados diante das circunstâncias concretas, consoante delineado por Jorge Reis Novais. Apenas o enfrentamento de todas essas fases poderá apontar a legitimidade da extirpação como exercício da liberdade positiva pelo sujeito que, por ato de disposição do próprio corpo, decide os rumos de sua própria vida.

Antes, porém, propõe-se pensar em releituras dos critérios elegidos pela codificação civil quando na regulação dos atos de disposição do próprio corpo, quais sejam: a exigência média, a reversibilidade sobre a integridade física e os bons costumes. Com isso, espera-se contribuir para a análise das hipóteses de amputação voluntária identificadas na literatura médica especializada, verificando o eventual atendimento aos pressupostos e requisitos da renúncia à integridade física operada através dos atos de disposição do próprio corpo no item 3.3.

### 3.2 RELEITURAS DOS CRITÉRIOS ELEGIDOS PELO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL

No item precedente, refletiu-se acerca da possibilidade *prima facie* de renúncia à integridade física entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a eventual necessidade de intervenção do Poder Judiciário, com recurso direito à norma constitucional, quando identificadas situações de premente necessidade e déficit de tutela da liberdade individual nas relações privadas.

Em confronto com a disposição do artigo 13 do Código Civil, verificou-se que, não obstante sua relevância, por vezes, os critérios rígidos elegidos pelo legislador podem resultar em restrição injustificada a um direito personalíssimo ou mesmo autorizar situações de patente disparidade entre médico e paciente, reclamando releituras de acordo com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Neste aspecto, rememore-se que a conformação do próprio corpo - tido como um fator de identidade pessoal pelo qual o sujeito moderno atua no meio social e se constrói perante o mundo - se insere no exercício da liberdade positiva enquanto poderio de decidir os rumos da própria vida. Nesta toada, os critérios constantes na codificação civil devem ser lidos de modo a considerar o sujeito singular no livre desenvolvimento de sua personalidade, sem olvidar, ainda, das circunstâncias do caso concreto em que o exercício ocorre.

Nesse íterim, pretende-se apresentar neste item outras possibilidades interpretativas à exigência médica, à irreversibilidade sobre a integridade física do sujeito e aos bons costumes em matéria de atos de disposição do próprio corpo.

Erigida em posição de superioridade sobre os demais, a necessidade terapêutica tem o condão de legitimar os atos de disposição do próprio corpo que impliquem em diminuição permanente da integridade física e/ou violem os bons costumes. No entanto, nos termos expostos nos capítulos precedentes, as ciências médicas não podem ser exercidas imunes a qualquer questionamento ético ou jurídico, de modo que a dita “exigência médica” deve ser compreendida com as devidas cautelas.

Neste sentido, uma primeira observação faz-se necessária com relação à adoção do termo “exigência” pelo legislador ordinário. Em que pese a redação do dispositivo legal, não se pode olvidar que se trata de ato de disposição do próprio corpo que, por conseguinte, depende da expressa manifestação de vontade da pessoa envolvida. Não se trata, pois, de mera imposição advinda do profissional da

saúde, sendo fundamental a obtenção do denominado “consentimento livre e esclarecido” do paciente.

O referido instrumento resultou do reconhecimento da necessidade de respeito às escolhas dos pacientes em situações de investigação e em atendimentos clínicos, após a publicização de diversos episódios de abusos cometidos por profissionais e pesquisadores da saúde<sup>264</sup> <sup>265</sup>. Com a contestação dos paradigmas médicos até então dominantes por agentes externos e mesmo no âmbito da própria medicina, a liberdade do sujeito passou a ser resguardada pelo princípio biomédico da “autonomia” que, aliado aos princípios da beneficência, da não-maleficência e da justiça, atualmente norteiam toda a prática profissional. Assim, além de possibilitar a realização da liberdade do sujeito em matéria sanitária, o consentimento livre e esclarecido tem como função proteger os pacientes e os sujeitos de pesquisa, prevenindo explorações e arbitrariedades<sup>266</sup>.

Em todo caso, a formalização da anuência deve ocorrer como um processo<sup>267</sup>, que parte do oferecimento pelo profissional de saúde de informações claras e objetivas sobre a medida a ser realizada – que devem ser inteligíveis e acessíveis ao sujeito, para formar “uma vontade que espelhe a circunstância concreta do paciente”, em respeito à sua subjetividade<sup>268</sup> <sup>269</sup>. Importa consignar,

<sup>264</sup> GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora. **O que é bioética**. 1ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002. p. 47.

<sup>265</sup> A doutrina especializada comumente aponta como marco fundamental para a reconfiguração das relações médico-paciente a exposição de pesquisas desenvolvidas em condições perversas durante a 2ª Guerra Mundial, que culminaram na aprovação do Código de Nuremberg, contendo os princípios éticos que regem as pesquisas em seres humanos (ESTEVES, Rafael; MULTEDO, Renata Vilela. Reflexões sobre o conteúdo não-patrimonial da relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 316-317).

<sup>266</sup> BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

<sup>267</sup> NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo**: a relevância da vontade na configuração do seu regime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 727. No mesmo sentido: “A condição necessariamente hipossuficiente em alto grau do paciente demanda uma série de cautelas necessárias e uma mudança do médico/cientista para uma postura ativa e interrogante, com vistas a verificar o perfeito entendimento do paciente, considerando suas características específicas. O consentimento é visto como um processo, e não um evento isolado, consolidado em uma relação dialogante” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 60-61).

<sup>268</sup> ESTEVES, Rafael; MULTEDO, Renata Vilela. Reflexões sobre o conteúdo não-patrimonial da relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 331-332.

<sup>269</sup> Carlos Nelson Konder define o consentimento livre e esclarecido como “a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos e métodos, duração, justificativa, possíveis, métodos alternativos existentes e

neste ponto, que o consentimento livre e esclarecido deve ser ofertado sem interferências controladoras externas ao sujeito, embora não se possa desconsiderar a inevitável influência de fatores interpessoais e sociais na formação da vontade do paciente, porquanto, invariavelmente, ele se insere em uma vida comunitária.

Neste sentido, observa-se que a noção de consentimento livre e esclarecido se coaduna com a concepção hodierna de personalidade ao conferir à pessoa o poder e a ferramenta necessária para, em matéria de saúde, conformar a sua vida de acordo com suas próprias concepções de bem, produzidas individualmente ao longo de sua vivência pessoal a partir das circunstâncias constringidas em seu meio social.

Assim, tratando-se de ato de disposição do próprio corpo, a exigência médica, por si só, não autoriza a realização da medida, devendo a equipe de saúde oferecer as informações necessárias ao paciente para que ele expresse o seu consentimento – ou mesmo dissentimento - livre e esclarecido<sup>270</sup>. Excepciona-se a essa regra, as hipóteses em que o paciente esteja impossibilitado de manifestar sua vontade e em eminente perigo de vida, circunstâncias que autorizam o emprego de intervenções sem sua expressa anuência para preservar-lhe a vida. Em todo caso, recomenda-se que, sempre que possível, as medidas realizadas priorizem, em um primeiro momento, o reestabelecimento de sua consciência, para que o sujeito possa, então, decidir por si mesmo<sup>271</sup>.

Ademais, é certo que a necessidade terapêutica como critério para os atos de disposição do próprio corpo traduz a legítima preocupação com a saúde da pessoa envolvida, em especial diante da irreversibilidade da diminuição sobre a integridade física. No entanto, a saúde a que faz referência não pode se limitar as considerações sobre a intangibilidade do corpo.

Consoante assinalado no capítulo 1, a doutrina assevera que o conceito de saúde engloba não apenas o aspecto físico, senão também o bem-estar psicológico

---

nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda" (KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, jul./set. 2003. p. 61).

<sup>270</sup> A recusa de tratamento pelo paciente após o recebimento das informações sobre o procedimento é uma consequência possível do processo de obtenção do consentimento (NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo**: a relevância da vontade na configuração do seu regime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 727).

<sup>271</sup> BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

da pessoa, que exige a consideração de suas concepções particulares de bem. Neste sentido, Ana Carolina Brochado assevera que a exigência médica do artigo 13 do Código Civil deve ser lida de modo a abranger a integridade psicofísica do sujeito, em respeito à sua liberdade de dispor do próprio corpo e, por conseguinte, a sua dignidade. Nas palavras da autora:

Logo, importante resgatar o diálogo entre corpo e mente, visto ser ele essencial para uma compreensão adequada da autonomia corporal, pois uma necessidade psíquica pode demandar alterações corpóreas fora dos padrões de normalidade, mas que buscam a satisfação pessoal e, portanto, realizam a dignidade do sujeito. Por isso, embora o art. 13 refira-se apenas à integridade física, ele deve ser informado pela ideia de saúde que abrange o controle do corpo, que não descarta a integridade psíquica, muito pelo contrário, ela é o comando determinante a moldar o próprio corpo<sup>272</sup>.

Essa interpretação está em consonância com concepção de dignidade da pessoa humana formulada em Jorge Reis Novais, que demanda o reconhecimento de um espaço de liberdade pessoal a todos os indivíduos, tratados com igual consideração e respeito, considerando o pluralismo que marca uma sociedade aberta<sup>273</sup>.

Ademais, a postura doutrinária referenciada inspira-se na recente reconfiguração do conceito de saúde promovida pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Segundo a agência especializada subordinada à Organização das Nações Unidas, atualmente a saúde ultrapassa o aspecto biológico – ausência de enfermidade – para incorporar a noção de bem-estar físico, mental e social, exigindo a consideração da filosofia de vida, dos valores e dos desejos de cada paciente.

Críticas são direcionadas à definição proposta pela OMS, especialmente pela dificuldade em determinar o real alcance de seus termos e pelo estabelecimento de um padrão que parece demasiado elevado, podendo ser impossível de atingir. Ademais, em oposição à dita “perfeição”, profissionais da área da saúde sustentam que eventuais situações de angústia e mal-estar são inevitáveis e inerentes à condição de ser humano, e podem ser mesmo desejáveis para o pleno desenvolvimento, permitindo a construção de uma vida psíquica que lhe dê

---

<sup>272</sup> TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 528.

<sup>273</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 30-31.



sustentação para enfrentar acontecimentos traumáticos ocorridos ao longo da vida<sup>274</sup>.

Não obstante essas considerações, é preciso reconhecer que a formulação da OMS tem o mérito de afastar o enfoque exclusivo no corpo e em seu funcionamento anatomofisiológico – que pode resultar na instrumentalização da pessoa pelas ciências médicas, para abarcar as preocupações com a saúde psíquica e mental, em atenção ao sujeito singular em sua construção pessoal<sup>275</sup>. Por conseguinte, tem-se que as terapêuticas empreendidas pelos profissionais da saúde não devem se limitar ao tratamento do corpo e à manutenção da vida biológica, senão que devem atender também aos desejos e valores pessoais do paciente<sup>276</sup>.

Desse modo, a preocupação com a preservação da saúde constante no artigo 13 do Código Civil, que vincula exigência médica e intangibilidade corporal, deve ser lida como proteção à integridade da pessoa concreta, em seu aspecto físico, psíquico e social. Assim, melhor seria se o legislador tivesse adotado o termo “integridade psicofísica”, modo como o dispositivo legal tem sido interpretado pelos operadores do direito.

Ainda, há que se ter em conta que determinadas circunstâncias podem prescindir da exigência terapêutica por não se configurarem como manifestações patológicas em que a medicina é convocada pelo Direito para auxiliar. São atos de disposição do próprio corpo como o *body modification* ou mesmo a recusa de determinados tratamentos médicos por motivos religiosos, tais como as recorrentes

---

<sup>274</sup> Em uma visão eminentemente crítica ao conceito formulado pela OMS, recomenda-se a leitura: FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997. Os autores ainda destacam que o referido conceito está ultrapassado por referenciar, de modo apartado, o físico, o mental e o social. Adeptos da psicanálise, sustentam a “inexistência de uma clivagem entre mente e soma, sendo o social também inter-agente, de forma nem sempre muito clara, com os dois aspectos mencionados,

<sup>275</sup> Neste sentido, Flávio Ferraz e Marco Segre enfatizam que a prioridade do subjetivismo nas reflexões sobre qualidade de vida atenua a tendência positivista dos conceitos de saúde. Em que pese a importância dos indicadores objetivos e universais para a saúde pública, os autores reconhecem que “essa visão anti-positivista e mais humana das atividades dos profissionais de saúde, pode contribuir para um contato mais sintônico, mais empático e, conseqüentemente, mais ético, entre eles e a população assistida” (FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, 1997. p. 542).

<sup>276</sup> Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira sustentam que a vida, para além de biológica, é uma construção biográfica de cada um. O respeito a essa construção biográfica decorre a dignidade da pessoa humana, traduzida na garantia de que todos se reconhecem livre e iguais em direito, de modo que é necessário a conscientização de que cada um tem seus próprios interesses críticos (\_\_\_\_\_. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 3).



negativas às transfusões sanguíneas manifestadas por testemunhas de Jeová<sup>277 278</sup>. Essas diminuições permanentes da integridade física restam autorizadas por outros direitos fundamentais reconhecidos no Estado Democrático de Direito, tais como a liberdade religiosa ou a liberdade de expressão. Nesses contextos, entende-se que a cautela dos operadores do direito deve ser ainda maior para evitar que a medicina ultrapasse seu campo de atuação e, legitimada pela norma, passe a atuar no sentido de compulsar a normalização de comportamentos sociais tidos como indesejados, com a imposição dos padrões dominantes externos ao sujeito em prejuízo de suas liberdades.

Em todo caso, rememora-se que o exercício da liberdade positiva pela pessoa na conformação do corpo não está atrelado a um ideal de racionalidade. De modo diverso, entendida enquanto poder de decidir os rumos de sua própria vida, a liberdade positiva pode englobar também a tomada de decisões que eminentemente não são racionais, devendo as atitudes individuais ser analisadas de acordo com os seus efeitos sobre aquilo que a própria pessoa entende como qualidade de vida, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, o critério da reversibilidade da medida sobre a integridade física delineado no artigo 13 do Código Civil também merece algumas ponderações. Não se pode olvidar que, no que diz respeito aos atos de disposição do próprio corpo, o caráter permanente de determinadas disposições pode refletir nas possibilidades futuras de autodeterminação do sujeito, eventualmente impedindo-o de conformar sua vida de acordo com suas próprias concepções e planos. Isto, pois, embora não possa ser tomada de modo absoluto, em termos de liberdade substancial<sup>279</sup>, a higidez física é elemento necessário para que uma pessoa tenha a efetiva

---

<sup>277</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>278</sup> Para os adeptos dessa denominação cristã, a Bíblia sagrada ordena a abstenção do sangue, que representa a vida. Neste sentido, aceitar a transfusão sanguínea significa desobedecer e desrespeitar a Deus. Por esse motivo, os fiéis que se submetem ao procedimento são expulsos e rechaçados pela congregação e se veem excluídos de seu ciclo social. Segundo Thamir Dalsenter Viveiros de Castro, nessas circunstâncias, a preservação da integridade física do sujeito – com a realização forçada da transfusão sanguínea para a manutenção de sua vida, resulta, ainda, em inequívoca violação da integridade psíquica. Nas palavras da autora, “[...] esses espaços de liberdade, quando violados, são punidos com os aspectos subjetivos da própria personalidade” (\_\_\_\_\_. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 92).

<sup>279</sup> Adotando uma acepção de liberdade como efetividade – em que é reconhecida a insuficiência da possibilidade abstrata de fruição de direitos, Amartya Sen define a liberdade substancial como “[...] os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.” (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 32).

possibilidade de realizar aquilo que valoriza para si. E aqui reside a importância do critério da reversibilidade.

Destarte, deve-se considerar as proporções dos atos de disposição corporal irreversíveis, bem como seus efeitos sobre a autodeterminação futura do sujeito, para que o direito personalíssimo não seja exercido, a um só tempo, e em contradição performativa, em nome da liberdade e em prejuízo dela própria, em suas diferentes dimensões.

Não obstante, tais fatores apenas podem ser verificados nas circunstâncias concretas, em atenção às particularidades de cada caso e tendo em conta o sujeito em sua construção pessoal. Desse modo, entende-se que a forma rígida adotada pelo legislador da codificação civil quando na enunciação do critério da reversibilidade admite flexibilizações para possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade – tal qual ocorre nas cirurgias estéticas embelezadoras, aceitas em âmbito jurídico e mesmo na seara médica, porquanto, embora não estejam amparadas pela exigência terapêutica, a diminuição resultante não é substancial a ponto de prejudicar a autodeterminação futura da pessoa envolvida e, por conseguinte, não tem o condão de atrair a intervenção do Direito.

Assim, na leitura do artigo 13 do Código Civil, remanesce a importância do critério da reversibilidade sobre a integridade física do sujeito visando à manutenção das possibilidades futuras de autodeterminação do sujeito, afastando-se, contudo, a interpretação rígida da norma como se aplicável a todas as hipóteses de diminuição permanente, sob pena de prejudicar, injustificadamente, o exercício desse direito personalíssimo.

Ademais, conforme indicado no item 1.2 do presente trabalho, não obstante o artigo 13 do Código Civil não faça referência, as partes destacadas do corpo humano também atraem a tutela do Direito. Nesta toada, a norma constitucional e infraconstitucional expressamente veda a comercialização de órgãos, tecidos e fluídos corporais<sup>280 281</sup>, com vistas a impedir a instrumentalização do ser humano

---

<sup>280</sup> Art. 199, §4º, Constituição Federal de 1988. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>281</sup> Art. 14 do Código Civil. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

para o atendimento de interesses de outrem, o que configuraria flagrante violação da dignidade da pessoa humana.

Ainda, as partes destacadas do corpo humano merecem atenção por carregarem o material genético da pessoa-fonte, sendo defeso a terceiros utilizá-las para fins alheios a sua vontade<sup>282</sup>. Sobre a questão, Adriana Espíndola Correa adverte quanto aos riscos das decodificações de dados genéticos, que intensificaram sobremaneira o processo de objetificação do corpo – verificado desde o século XIX – ao concebê-lo como um simples “banco de dados”<sup>283</sup>. Desnaturalizados no âmbito científico, os dados genéticos passaram a ser úteis e apropriáveis pelo sujeito, constituindo-se como bem jurídico. No entanto, a autora destaca a insuficiência das categorias jurídicas até então existentes para o seu adequado tratamento<sup>284</sup>.

Neste sentido, Corrêa afirma que, atualmente, a regulação desse “bem jurídico” por normativas internacionais e nacionais é informada pelos conceitos de liberdade e de propriedade. O primeiro funda-se na dignidade da pessoa humana e visa a garantir a pessoa-fonte o controle do acesso e do uso dos dados que constituem sua identidade e permitem o livre desenvolvimento de sua personalidade. Por sua vez, o segundo tem como objetivo permitir a apropriação e o trânsito dos dados genéticos, seja em termos gratuitos ou onerosos. Neste contexto, a autora identifica uma patente contradição e incompatibilidade entre os regimes jurídicos aplicados na tutela dos dados genéticos, ora como aspecto inderrogável da personalidade, ora como objeto passível de apropriação<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Cite-se os emblemáticos casos de Roberta Aparecida e da Glória Trevis, que tiveram seu material genético coletado e utilizado pela justiça brasileira contra a sua vontade para fins de investigação penal. Vide: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 518.

<sup>283</sup> A questão dos dados genéticos gera controvérsias ainda maiores porquanto não possuem qualquer base tangível, constituindo-se como informações extraídas do genoma e processadas em dados passíveis das mais variadas utilizações por seus detentores. Neste contexto, a transmissão de dados genéticos ocorre sem interferências diretas e graves na integridade física da pessoa-fonte, o que dificulta a sua regulação e controle no âmbito do Direito (CORRÊA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 44, p. 77-94, 2006).

<sup>284</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica**. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

<sup>285</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 44, p. 77-94, 2006.

Ainda, a autora destaca que, quando desvinculados da pessoa de forma irreversível, os dados genéticos deixam de ser protegidos dentro do espectro da intimidade do sujeito, restando apenas a problemática regulamentação do seu comércio, em descompasso com vedação à instrumentalização decorrente do princípio da dignidade. Outrossim, sustenta que é preciso ter em conta a insuficiência de uma abordagem individual sobre a questão, uma vez que, por ter uma base comum partilhada com a família, com a comunidade e com toda a espécie, o controle de informações genéticas ultrapassa a dimensão do indivíduo na superposição de titularidades<sup>286</sup>.

Em que pese a insuficiência do tratamento jurídico até então concedido a questão<sup>287</sup>, certo é que as partes destacadas do corpo devem ser tuteladas pelo ordenamento pátrio com vistas a proteger a personalidade da pessoa-fonte em sua intimidade e privacidade, ainda que a abstração de dados genéticos decorra de ato de disposição do próprio corpo, manifestado o consentimento livre e esclarecido. Ocorre que a dita tutela não se concretiza no Código Civil de 2002. Neste contexto, impende reconhecer que a normativa do artigo 13 da codificação civil não encerra a regulação dos atos de disposição do próprio corpo, que carece, ainda, da consideração de outros preceitos na promoção integral da dignidade da pessoa humana.

Por fim, impede tecer maiores considerações com relação ao critério dos bons costumes elegido pelo artigo 13 do Código Civil como limite aos atos de disposição do próprio corpo. Conforme indicado no item 1.2 do presente trabalho, a referida cláusula geral é afastada por parte da doutrina civilista nacional em razão da ausência de um conteúdo mínimo determinado, o que, em passado recente, possibilitou sua utilização por classes dominantes para fundamentar a proibição de comportamentos sociais tidos como desviantes.

De outro lado, tem-se a proposta de releitura dos bons costumes de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito, considerando que se trata de

---

<sup>286</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 44, p. 77-94, 2006.

<sup>287</sup> Para qual a Adriana Espíndola Corrêa aponta como necessária a politização das tecnologias e de sua regulação jurídica contra a subserviência da tutela da pessoa aos imperativos da ciência e do mercado, tal qual ocorre a partir da modernidade (CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2010).

cláusula geral cujo conteúdo é eminentemente histórico e deve ser definido pelos operadores do direito de acordo com o contexto vivenciado<sup>288</sup>.

Neste sentido, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro propõe, em sua tese doutoral, o resgate da cláusula geral de bons costumes como instrumento de efetivação dos valores constitucionais que impõe limites externos aos atos de autonomia existencial<sup>289</sup>.

Para tanto, a autora desenvolve o que denomina “Teoria Tríplice da Autonomia Existencial”, categorizando os atos existenciais de acordo com sua eficácia, como (i) pessoal, quando não produzem efeitos na esfera jurídica alheia, mas limitam-se ao seu titular; (ii) interpessoal, cujos efeitos diretos e imediatos transcendem a esfera jurídica do titular, causando lesão ou ameaça de lesão a terceiros identificados; ou (iii) social, com efeitos diretos e imediatos sobre um número indeterminado de pessoas, atingindo a coletividade<sup>290</sup>.

De acordo com essa estrutura, Thamis de Castro sustenta que a cláusula de bons costumes apenas se aplica aos atos de eficácia interpessoal e social – em concreto e em abstrato, respectivamente. Os atos de eficácia pessoal estariam excluídos de seu escopo por não atingirem a esfera jurídica de terceiros. Assim, a cláusula geral tem o condão de promover o equilíbrio entre a liberdade e a solidariedade asseguradas na Constituição.

Segundo a autora, hodiernamente, os bons costumes não se vinculam mais a simples concretização da moral social através de juízos de qualidade sobre práticas repetitivas. De modo diverso, enquanto cláusula geral de abertura do sistema, os bons costumes destinam-se a realização da moralidade constitucional, voltando-se para o futuro em uma visão prospectiva<sup>291</sup>.

Neste seguimento, Thamis de Castro sustenta que os bons costumes exercem sobre os atos de autonomia existencial as mesmas funções que a boa-fé

---

<sup>288</sup> Especificamente sobre o tema: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017.

<sup>289</sup> Diferente dos atos de autonomia patrimonial que, segundo a autora, possuem limites internos, consubstanciados principalmente, pelas cláusulas gerais de boa-fé e da função social (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017).

<sup>290</sup> CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 56 e ss.

<sup>291</sup> CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 169.

exerce sobre os atos de autonomia patrimonial. São elas: (i) a função interpretativa, que exige o respeito à pluralidade de valores; (ii) a função criadora de deveres, que impõe a adoção de condutas cooperativas; e (iii) a função limitadora, que delimita a liberdade do sujeito com vistas a permitir igual espaço de liberdade aos demais<sup>292</sup>.

Assim, a autora define os bons costumes como

cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas<sup>293</sup>

No que diz respeito ao conteúdo dos bons costumes, Thamís argumenta que, tratando-se de cláusula geral, sua significação é essencialmente variável, e nisso consiste sua maior vantagem, possibilitando a autonomia do intérprete e permitindo que as mais diversas hipóteses concretas sejam abarcadas pela norma. Assim, compete aos pesquisadores do Direito desenvolver parâmetros específicos para que os bons costumes sejam aplicados em seu papel democratizante. Para tanto, a autora aponta a necessária observância do princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual o significado dessa cláusula geral não pode ser clarificado<sup>294</sup>.

Atentando-se aos riscos decorrentes do ativismo judicial<sup>295</sup>, Thamís de Castro argumenta que o papel criativo do julgador deve ser limitado pela exigência de fundamentação de suas decisões, que devem encontrar amparo na axiologia constitucional. Neste sentido, a autora esclarece que, independentemente da redação do dispositivo legal, a clareza da norma é sempre um *posterius*, que decorre de uma interpretação conforme os valores estabelecidos na Constituição.

Tendo em vista essa necessidade de construção do significado da norma, Thamís de Castro propõe parâmetros a auxiliar os operadores do direito na

---

<sup>292</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 179 e ss.

<sup>293</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 274.

<sup>294</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 178.

<sup>295</sup> A autora pondera sobre esses riscos no contexto do neoconstitucionalismo sem, contudo, afastar o que denomina “autenticidade do Poder Judiciário”. Neste sentido, as objeções ao ativismo judicial servem mais como alerta do que como crítica. Vide: CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 197-201



interpretação dos dispositivos legais do Código Civil de 2002 que fazem menção expressa a cláusula geral de bons costumes<sup>296</sup>.

Ao que interessa o objeto deste trabalho, em análise ao artigo 13 do referido diploma normativo, a autora esclarece que a referência aos bons costumes apenas se aplica nas hipóteses em que o exercício da autonomia corporal gera repercussões relevantes na esfera jurídica de terceiros ou da coletividade, o que é minoria dos casos. Tratando-se de atos de disposição do próprio corpo, em geral, tem-se atos de eficácia estritamente pessoal, afastada a incidência desse limite externo.

Thamis se alinha à doutrina majoritária no direito civil brasileiro, adotando uma visão mais ampla da integridade física para englobar também o bem-estar psíquico do sujeito envolvido, em atenção ao conceito de saúde delineado pela Organização Mundial da Saúde. Ainda, ressalta que a “diminuição” a que o dispositivo legal faz referência pode advir não apenas de atos de subtração, como também de atos de adição, como o *doping* ou mesmo a utilização de entorpecentes.

Neste seguimento, a autora sugere os deveres de cooperação e de não mercantilização como critérios para auxiliar o intérprete na aplicação da cláusula de bons costumes nos termos do artigo 13 do Código Civil<sup>297</sup>.

Assim, os bons costumes exigem a cooperação do sujeito nos atos de disposição do próprio corpo que produzam efeitos na esfera jurídica de terceiros. A este respeito, a autora exemplifica com os casos do *doping*, em que o exercício do direito personalíssimo gera uma disparidade de forças entre os participantes de uma competição. Nessas circunstâncias, a utilização indevida de substâncias que potencializam as aptidões físicas de um atleta pode gerar o dever de indenizar os demais competidores prejudicados.

Ademais, na prática de atos de disposição do próprio corpo de eficácia interpessoal e social, o sujeito deve observar o dever de não mercantilização, que impede a instrumentalização da pessoa porquanto o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para persecução de interesses alheios. Neste sentido, resta vedado ao sujeito a atribuição de caráter comercial ao exercício desse direito, sendo

---

<sup>296</sup> O recurso aos bons costumes ocorre em matéria de direitos da personalidade (art. 13), negócio jurídico (art. 122), abuso de direito (art. 187), direito dos condôminos (art. 1.336) e, ainda, poder familiar (art. 1.638).

<sup>297</sup> CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 211.



ilícita qualquer prática neste sentido – tal como a venda de órgãos, tecidos e demais partes do corpo humano.

Em breve menção ao fenômeno das amputações voluntárias – referenciado como *wannabes*, *amputees by choice* e *body integrity identity disorder* – a autora acompanha o posicionamento majoritário da doutrina brasileira. Sem recorrer à cláusula geral de bons costumes, Thamis de Castro afasta a realização do procedimento de extirpação ante a ausência de um consenso médico mínimo sobre a questão. Ainda, acrescenta que a medida tem efeito irreversível sobre a integridade da pessoa, sendo vedada também com base neste critério do artigo 13 do Código Civil. Assim, entende que o consentimento não é suficiente para legitimar todo e qualquer ato de disposição do próprio corpo<sup>298</sup>.

Em que pese a relevância dessa tese doutoral para o direito civil brasileiro ao propor de, forma inovadora, o resgate dessa cláusula geral no paradigma do Estado Democrático de Direito, observa-se que o conteúdo dos bons costumes é remetido à dignidade da pessoa humana, princípio jurídico que padece da mesma indefinição que lhe é atribuída. Rememore-se os riscos decorrentes da ausência de um conteúdo à dignidade da pessoa humana, que pode resultar em sua banalização, ou mesmo na sua conversão em instrumento de imposição de padrões de comportamento alheios ao sujeito, nos termos delineados no item 2.1 do presente trabalho.

Assim, ausente um substrato mínimo, persistem os riscos de utilização antidemocrática da cláusula geral de bons costumes nos exatos termos aduzidos pela doutrina civilista majoritária quando no afastamento de sua aplicação. Neste sentido, entende-se que o dever de não mercantilização corresponde, em verdade, ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, consoante delineado no item 2.3 acima. Vislumbra-se, neste ponto, uma confusão conceitual entre os institutos que tende a enfraquecer sua força normativa, sem oferecer correspondente vantagem.

Com essas ponderações, propõe-se a releitura dos critérios rígidos elegidos pelo Código Civil de 2002 na regulamentação dos atos de disposição do corpo, o que é feito consoante o paradigma do Estado Democrático de Direito, na

---

<sup>298</sup> CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 215.

imprescindível observação do princípio da dignidade da pessoa humana que o fundamenta. Neste sentido, pensar a necessidade terapêutica, a irreversibilidade da medida sobre a integridade física e os bons costumes exige a consideração das circunstâncias do caso concreto e do sujeito singular no exercício de sua liberdade sobre aquilo que lhe é mais particular: o seu próprio corpo.

Ainda, a interpretação do artigo 13 da codificação civil demanda o igual respeito às diferentes concepções de bem construídas pelo sujeito em suas vivências pessoais, no efetivo reconhecimento do pluralismo ético-social. Na preciosa lição de Diogo Moureira e Maria de Fátima Freire de Sá:

A pluralidade, caracterizadora da sociedade moderna, é determinante para a solução das questões existenciais. Dessa maneira, não há que se falar em solução adequada se o seu destinatário não for tomado em sua particularidade e, a partir das concepções e convicções que lhe são próprias, figurar, também – e principalmente – como autor do provimento que lhe afetará. Levantar bandeiras de um Estado Democrático de Direito e desconsiderar a participação daquele que busca a materialização do seu direito nada mais é que bradar por algo vazio em sentido, desprovido, exatamente das características que lhe conferem rótulo e sustentam seus contornos lexicais. Não há que se falar em democracia, desconsiderando a pluralidade e essa não existe se excluídos os rasgos de diferença.<sup>299</sup>

Neste ínterim, afastam-se as restrições injustificadas ao direito personalíssimo que decorreriam de uma interpretação literal e restrita da disposição legal do artigo 13, em especial as que resultem da aparente supremacia dos saberes médicos a reforçar o desequilíbrio tendencial nas relações com os pacientes<sup>300</sup>.

### 3.3 PODE A AMPUTAÇÃO SER UMA MANIFESTAÇÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE?

Dentro do escopo do presente trabalho, este capítulo tem como objetivo pensar a amputação voluntária enquanto exercício da liberdade positiva pelo sujeito, entendendo esse ato de disposição do próprio corpo como manifestação do poder de decidir os rumos de sua própria vida. Conforme antes indicado, essa proposta vai

---

<sup>299</sup> MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 202-203.

<sup>300</sup> Rememora-se, neste ponto, que, do efeito de irradiação dos direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico decorre a obrigação jurídica de sua tutela, vinculativa a todos os poderes estatais – incluindo o Judiciário, convocado a atuar com recurso direto a norma constitucional, em situações de premente necessidade e déficit de tutela da liberdade individual nas relações privadas.

além da abordagem patologizante do fenômeno, sem olvidar da imprescindibilidade do viés médico para sua apreensão, colhendo os elementos necessários da literatura clínica especializada.

Importa rememorar que o enfoque adotado se justifica na relevância que têm os atos de disposição do próprio corpo na construção e no desenvolvimento da personalidade do sujeito. Isto porque, consoante as lições antropológicas de David Le Breton, a partir da modernidade, mais que o substrato material da pessoa, o corpo se constitui como fator de identidade pelo qual ela atua no seu meio social e se apresenta perante o mundo<sup>301</sup>.

Contudo, o percurso investigativo proposto esbarra no fato de que, invariavelmente, a amputação voluntária resulta em renúncia pelo sujeito à sua integridade física, bem jurídico garantido pela ordem constitucional e infraconstitucional, mesmo nas hipóteses de “autolesão” – como verifica-se da determinação do artigo 13 do Código Civil.

Consoante assinalado anteriormente, no presente trabalho a renúncia é pensada a partir do arcabouço teórico desenvolvido por Jorge Reis Novais, subscrito para as relações privadas com as devidas ressalvas e adaptações interpretativas – considerando-se que na amputação a abdicação se opera na seara dos direitos da personalidade.

Nessa toada, no item 3.1 acima, averiguou-se a admissibilidade *prima facie* da renúncia à integridade física no âmbito do direito de dispor do próprio corpo. Isto, pois, no Estado de Direito, em regra, a titularidade de um direito fundamental – um trunfo contra a maioria – se traduz ao sujeito na possibilidade de dispor das posições jurídicas tuteladas pela norma, inclusive, no sentido de delas abdicar, decidindo “como”, “quando” e “se” vai exercê-las<sup>302</sup>.

Neste sentido, conquanto o artigo 13 do Código Civil restrinja a diminuição da integridade física por atos de disposição do próprio corpo aos casos em que é necessária à garantia da saúde – de modo que, à primeira vista, a renúncia apenas seria admissível diante da exigência médica –, o ordenamento jurídico pátrio permite a realização de intervenções que atingem a intangibilidade de seu corpo fora dessas hipóteses. Assim, identificado um espaço de livre disposição individual sobre a

---

<sup>301</sup> LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012.

<sup>302</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 234.

integridade física que escapa a interpretação rígida da norma, entende-se pela admissibilidade, *prima facie*, da renúncia intangibilidade de seu corpo pelo titular, nos moldes desenvolvidos por Jorge Reis Novais.

Ainda no item 3.1 acima, destacou-se a dupla dimensão da renúncia, que se constitui, ao mesmo tempo, como restrição e como exercício a direito fundamental. Neste último aspecto, através da abdicação, o indivíduo persegue a realização de seus próprios interesses, que, nas circunstâncias, ele tenha por mais importantes que os propósitos alcançados se optasse por exercer positivamente o direito.

Outrossim, não obstante a renúncia diminua a esfera de proteção garantida pela norma – dimensão da restrição, os particulares não estão vinculados à observância dos “limites aos limites” - princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito que delimitam a atuação dos poderes públicos. Por outro lado, diante da disposição rígida do artigo 13 do Código Civil, o Poder Judiciário pode ser convocado a atuar uma vez verificado um déficit de tutela da liberdade individual do sujeito no que tange ao direito de dispor de seu próprio corpo.

Constatada a admissibilidade *prima facie* da renúncia à integridade física em matéria de direitos da personalidade, e afastada a observância dos “limites aos limites” pelos particulares em sua dimensão restritiva, neste item pretende-se verificar o atendimento aos pressupostos e aos requisitos da renúncia, especificamente no que diz respeito ao fenômeno das amputações voluntárias, dadas as definições expostas no item 3.1 do presente trabalho, de acordo com o referencial teórico de Jorge Reis Novais.

Por suas próprias definições, os pressupostos e requisitos da renúncia devem ser verificados segundo as circunstâncias do caso concreto. Nessa toada, retoma-se as principais hipóteses de amputação voluntária aferidas na literatura médica especializada descritas no capítulo I, bem como as conclusões obtidas dos estudos clínicos realizados, que oferecem um panorama razoável para a análise empreendida.

Ainda, colhem-se as considerações tecidas sobre as possibilidades interpretativas do artigo 13 do Código Civil – conferindo novos sentidos aos critérios da exigência médica, da irreversibilidade sobre a integridade física e dos bons costumes - a fim de promover, na análise do fenômeno das amputações voluntárias, o atendimento dos objetivos da referida norma, consoante o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nos termos expostos no item 1.1 do presente trabalho, a literatura clínica especializada sobre as amputações voluntárias não é uníssona e varia, substancialmente, com relação à forma de abordagem do fenômeno, à etiologia, às medidas terapêuticas recomendadas, e mesmo quanto à terminologia adequada para se referir ao fenômeno.

Neste sentido, alguns pesquisadores se referem às amputações voluntárias como manifestações patológicas de uma sexualidade desviante, ligada a um processo de erotização do coto e admiração pela superação das dificuldades por pessoas com deficiência, a despeito de suas desvantagens físicas. Assim, o fenômeno teria uma origem psicológica e seria adequadamente denominado “apotemnofilia”, que na tradução liberal significa “amor pela amputação”<sup>303</sup>.

Na análise da questão, outros profissionais das ciências médicas concluem que se trata, em verdade, de uma necessidade do sujeito de corrigir uma incompatibilidade entre o seu corpo anatômico e o seu senso identitário, uma vez que o corpo “íntegro” parece destoar do seu “verdadeiro eu”. Por sua gênese identitária e psicológica, essa abordagem do fenômeno foi denominada Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (no inglês “*Body Integrity Identity Disorder*”, sigla BIID)<sup>304</sup>.

Por sua vez, pesquisas mais recentes indicam que o desejo de amputação teria uma origem neurobiológica, decorrendo de lesões cerebrais no lobo parietal direito, especificamente no lóbulo superior – responsável pela construção da imagem corporal. Apontam os estudos que, atingida essa região, o sujeito desenvolveria a sensação de que a parte do corpo afetada não deveria estar lá, o que, em última instância, leva ao desejo pela extirpação. Daí a denominação “xenomelia”, que na tradução literal significa “membro estrangeiro”<sup>305 306</sup>.

---

<sup>303</sup> MONEY, John; JOBARIS, Russell; FURTH, Greg. Apotemnophilia: Two Cases of Self-Demand Amputation as a Paraphilia. **The Journal of Sex Research**, New York, v. 13, n. 2, 1977. p. 115-125.

<sup>304</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, p. 919-928, 2005.

<sup>305</sup> BRANG, David; MC GEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological desire. **NeuroReport**, v. 19, n. 13, p. 1305-1306, ago. 2008.

<sup>306</sup> FIRST, Michael B.; FISHER, Carl E. Body integrity Identity Disorder: The Persistent Desire to Acquire a Physycal Disability. **Psychopathology Journal**, Basel, v. 45, p. 3-14, nov. 2011.

Por fim, ainda na vertente neurobiológica, lesões no próprio membro poderiam romper a conexão entre aquela parte do corpo e o cérebro, eventualmente resultando no desenvolvimento do desejo de amputação<sup>307 308</sup>.

Conquanto evidencie-se a ausência de um consenso sobre o desejo de amputação, em todas essas hipóteses o fenômeno parece se apresentar como manifestações patológicas, que guardam algumas similitudes. Neste sentido, os dados obtidos nos estudos clínicos indicam que, em regra, o desejo recai sobre membros específicos – verificada maior frequência em determinadas partes do corpo, tem uma extensão precisa, e inicia-se na infância ou na adolescência, acompanhando o sujeito até a vida adulta<sup>309 310</sup>.

Em tais circunstâncias, é inviável prescindir do parecer médico para aferir a legitimidade do ato de disposição corporal. Nos termos defendidos no presente trabalho, embora não possa ser exercida imune a questionamentos éticos e jurídicos, a medicina possui um papel fundamental na promoção do bem-estar humano, sendo essencial à atuação dos operadores do direito. No contexto das amputações voluntárias, que envolve limites delicados sobre a saúde da pessoa envolvida, as ciências médicas são convocadas a contribuir.

Outrossim, apontando os estudos clínicos para configuração de manifestações patológicas, entende-se que pode restar prejudicada a voluntariedade do ato de abdicação da integridade física, sendo este um pressuposto da renúncia à integridade física, conforme assinalado no item 3.2. Conquanto os pacientes demonstrem consciência e ponderem as causas e consequências da amputação, nas hipóteses acima descritas, o desejo desenvolve-se a partir de uma enfermidade ou de uma lesão, cuja causa e o tratamento são desconhecidos.

Consoante assinalado no capítulo 1 acima, a identificação da etiologia do fenômeno – psicológica sexual, psicológico identitária e/ou neurobiológica – pode ser elementar para determinar as medidas terapêuticas indicadas, se psicoterapêutica, medicamentosa, manipulações fisiológicas, ou até mesmo o

---

<sup>307</sup> SACKS, Oliver. **A leg to stand on**. New York: Touchstone, 1998.

<sup>308</sup> MULLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) - Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?. **The American Journal of Bioethics**, Stanford, v. 9, n. 1, p. 36-43, jan. 2009.

<sup>309</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new tipe of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, p. 919-928, 2005.

<sup>310</sup> BRANG, David; MC GEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological desire. **NeuroReport**, v. 19, n. 13, p. 1305-1306, ago. 2008.

procedimento de extirpação – entendido como último recurso. Nessa toada, conquanto a psicoterapia e a utilização de medicamentos psicotrópicos tenham sido consideradas ineficazes, verifica-se que não foram intentados outros tratamentos específicos que tenham em conta uma abordagem multidisciplinar e mesmo a origem multifacetada do fenômeno<sup>311</sup>.

Ademais, a cirurgia pode não resultar no efeito curativo esperado pelo paciente, que pode manifestar o desejo de amputação sobre outro membro de seu corpo. Embora as pessoas que alcançaram a extirpação afirmem não se arrepender do procedimento, estando definitivamente curados<sup>312</sup>, são escassos os casos em que a amputação foi efetivada, especialmente em razão do estigma que o tema ocasiona. Assim, não há dados consistentes sobre o caráter terapêutico da cirurgia.

E, ainda que se verifique a questão identitária como motivo primário – nas hipóteses identificadas como Transtorno de Identidade de Integridade Corporal, parece precipitado, no atual estágio das investigações, abordar a amputação voluntária sob a mesma perspectiva da transexualidade.

Desse modo, nas hipóteses de amputação voluntárias referidas, subscreve-se o posicionamento majoritário da doutrina jurídica nacional para afastar o pleito de amputação voluntária ante a ausência de um consenso mínimo da medicina sobre a questão. Nessa toada, embora a pessoa deseje a extirpação, considere seus efeitos permanentes e a vislumbre como um elemento necessário a constituição de si – no desenvolvimento de sua personalidade, tem-se a ilegitimidade desse ato de disposição do próprio corpo consubstanciado na renúncia à integridade física.

Não obstante, mantido um olhar ponderado sobre as conclusões das apresentadas pela medicina, verifica-se que a literatura clínica especializada traz casos em que o desejo de amputação parece não decorrer diretamente de uma enfermidade ou lesão. A este respeito, recorde-se da situação narrada por Thomas M. Dunn e Ryan M. Moroze sobre o veterano de guerra que, após sofrer um grave

---

<sup>311</sup> SEDDA, Anna; BOTTINI, Gabriella. Apotemnophilia, body integrity disorder ou xenomelia? Psychiatric and nerologic etiologies face each other. **Neuropsychiatric Disease and Treatment**, v. 10, p. 1255-1265, jul. 2014.

<sup>312</sup> FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new tipe of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, 2005. p. 920.



acidente automobilístico, com perda de parte significativa da funcionalidade de um braço, pleiteou a equipe médica responsável a amputação do membro afetado<sup>313</sup>.

Em que pese a gravidade dos ferimentos, a equipe de ortopedia estava confiante quanto à possibilidade de recuperá-lo, com a manutenção de alguma sensação nos dedos e do movimento de abrir e fechar a mão. No entanto, o veterano recusou a realização de cirurgia reparadora, exigindo a extirpação daquela parte de seu corpo.

Na oportunidade, o paciente afirmou aos médicos que se envergonhava de sua condição debilitante, pois perdera a funcionalidade do membro ao se envolver em um acidente automobilístico, fora do seu contexto profissional, em que não fazia uso do cinto de segurança. Almejava, então, amputar o braço para que pudesse utilizar uma prótese, como faziam os demais veteranos de guerra que se feriam gravemente em batalhas, evidenciando a honra militar do combatente atingido no exercício de sua função.

Diferentemente das hipóteses anteriormente descritas, o veterano de guerra não manifestava o desejo de extirpação desde a infância ou adolescência, fator este que levou outros pesquisadores a concluir pela configuração patológica do fenômeno. Ao revés, apenas requereu a amputação de seu braço após verificar a perda significativa de funcionalidade, que resultava, ainda, em constrangimento à sua honra profissional e no encerramento de sua carreira militar.

Outrossim, o pleito de amputação não se fundamentou na percepção do membro como uma parte de seu corpo alheia a si, aversiva, em desconformidade com o seu “verdadeiro eu”. Dessa forma, nada indica que existia alguma perturbação na formação de sua imagem corporal pelo cérebro. Distingue-se, ainda, das circunstâncias descritas por Oliver Sacks, que afirmava ter perdido a conexão com a sua perna após sofrer um acidente de montanhismo que atingiu diretamente o membro<sup>314</sup>.

Ademais, há que se considerar que, embora fosse possível a manutenção de alguma sensação nos dedos e do movimento de abrir e fechar a mão, a cirurgia reparadora proposta pela equipe de ortopedia não tinha o condão de recuperar substancialmente a funcionalidade do membro atingido, conforme assumido pelos

---

<sup>313</sup> DUNN, Thomas M.; MOROZE, Ryan M. The Patient Requesting Amputation. **Open Journal of Medical Psychology**, v. 2, n. 4, p. 193-196, out. 2013.

<sup>314</sup> SACKS, Oliver. **A leg to stand on**. New York: Touchstone, 1998

próprios profissionais de saúde. Em razão da gravidade dos ferimentos – “múltiplas fraturas complexas envolvendo úmero, rádio e ulna, e lesão significativa dos tecidos moles com dano irreparável do nervo”<sup>315</sup> – a incapacidade relativa era inevitável.

Observa-se, neste aspecto, que o caso do veterano de guerra também se difere das demais hipóteses, em que as pessoas desejam a extirpação de membros saudáveis com funcionalidade plena. Em tal contexto, tal como os autores referenciados, vislumbra-se uma categoria distinta de paciente que manifesta o desejo pela amputação voluntária.

Nos termos expostos por Thomas M. Dunn e Ryan M. Moroze, e conforme elucidado nos parágrafos precedentes, a extirpação requerida pelo paciente parece figurar fora do plano patológico que, em geral, marca a abordagem da questão. O mesmo se verificaria na hipótese – aqui suposta – de requerimento por pessoas que já perderam parcialmente algum membro de seu corpo e almejam ampliar a extensão da amputação para utilizar próteses que permitam uma maior qualidade de vida, ou um incremento suas funcionalidades, para a prática de determinadas modalidades esportivas, por exemplo.

Nessas circunstâncias, nos termos do artigo 13 do Código Civil, entende-se que não há uma necessidade terapêutica na forma concebida tradicionalmente, em que o procedimento cirúrgico de amputação deveria ser imprescindível para a garantia da saúde e da manutenção da vida biológica do sujeito. De modo diverso, a exigência médica estaria circunscrita sob um viés promocional do bem-estar físico, psicológico e social do paciente, respeitado em sua construção individual.

Neste sentido, rememora-se a releitura proposta no item precedente sobre o critério terapêutico elegido pelo artigo 13 quando na regulação dos atos de disposição do próprio corpo. Nos termos enunciados, embora a exigência médica revele legítima preocupação com a saúde do sujeito – especialmente diante da irreversibilidade da diminuição da integridade física -, essa preocupação não pode se limitar as considerações sobre a intangibilidade do corpo. Ao revés, em atenção ao conceito delineado pela OMS, a garantia da saúde engloba não apenas o aspecto físico, senão também o bem-estar psicológico e social da pessoa. Neste sentido, exige a consideração de seus interesses e concepções particulares de bem,

---

<sup>315</sup> DUNN, Thomas M.; MOROZE, Ryan M. The Patient Requesting Amputation. **Open Journal of Medical Psychology**, v. 2, n. 4, out. 2013. p. 193.

reputadas como dignas de igual valor e respeito, em atenção ao paradigma do pluralismo que marca uma sociedade aberta.

Em tal contexto, nas hipóteses que figuram fora do plano patológico, conquanto não exista uma necessidade terapêutica – tal qual concebida em uma interpretação literal da norma – verifica-se o atendimento às preocupações relativas à saúde da pessoa, concebida a partir de sua integridade psicofísica, em respeito à sua personalidade.

Não obstante, embora no paradigma despatogizante a extirpação não precise ser requisitada por um profissional da saúde como medida terapêutica essencial, o parecer médico continua sendo imprescindível para a apreciação do fenômeno. Nessa toada, a abordagem médica especializada tem o condão de afastar as hipóteses patológicas, averiguar a viabilidade clínica do procedimento, informar o paciente adequadamente sobre eventuais efeitos colaterais – no processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido – e trata-los, lidando com as necessidades adaptativas dos pacientes amputados, dentre outras questões<sup>316</sup>.

Neste sentido, resta esclarecido que, mesmo quando o desejo de amputação se manifesta além de uma enfermidade, é necessário o recurso à avaliação médica para verificar a viabilidade do ato de disposição do próprio corpo – diferente de outras situações em que a medicina não é convocada para colaborar, como nas intervenções sobre a integridade física características da prática de *body modification*.

Identificada a possibilidade de manifestação do desejo de amputação para além de uma patologia e - mesmo nessas hipóteses - verificada a necessidade do recurso à medicina, importa ainda considerar o atendimento dos pressupostos e requisitos da renúncia à intangibilidade do corpo.

Conforme anteriormente salientado, a realização da extirpação resulta na abdicação, pelo titular, de sua integridade física, conforme tutelada no âmbito dos direitos personalíssimos. Por conseguinte, a amputação apenas pode ser considerada como legítimo exercício do direito de dispor do próprio – e,

---

<sup>316</sup> A discussão sobre a eventual obrigação médica de realizar o procedimento cirúrgico extrapola o escopo do presente trabalho, no entanto, esclarecimentos dessa ordem podem afastar o temor de responsabilização – cível, criminal e administrativa – que, por vezes, fundamenta a recusa do profissional ao pedido de amputação manifestado pelo paciente.

consequentemente, como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade – se verificada, *in casu*, a possibilidade concreta da renúncia.

No que diz respeito aos pressupostos, nas lições de Jorge Reis Novais - enunciadas no item 3.1 acima, a renúncia exige uma declaração de vontade emitida voluntariamente pelo titular do direito, no sentido de abdicar da posição jurídica tutelada pela norma, resultando-lhe em um benefício efetivo, com a prossecução autônoma de seus fins pessoais<sup>317</sup>.

Nas hipóteses identificadas acima como não patológicas verifica-se a declaração de vontade do titular no sentido de renunciar à intangibilidade de seu corpo. A referida declaração parece ser emitida de forma voluntária, verificada a sua capacidade de decidir mediante avaliação psicológica, e, devidamente informado quanto às consequências de sua decisão, podendo sobre elas ponderar. Outrossim, o pleito de amputação não decorre de uma enfermidade ou de uma lesão, mas se fundamenta na incapacidade – relativa ou absoluta – que recai sobre aquele membro.

Nessas circunstâncias, a realização do procedimento cirúrgico pode configurar um benefício ao paciente na medida em que lhe permita melhor qualidade de vida ou maior funcionalidade, com a utilização de próteses mais avançadas. No caso do veterano de guerra acompanhado por Thomas M. Dunn e Ryan M. Moroze, além da vantagem física, a extirpação poderia lhe permitir a manutenção da sua honra militar perante os companheiros de profissão.

Ademais, nesses casos a amputação parece se traduzir para o titular como um verdadeiro exercício da liberdade positiva, porquanto persegue seus próprios interesses críticos através da conformação de seu corpo. Neste aspecto, rememora-se que a renúncia também se configura como exercício de um direito fundamental uma vez que, por meio dela, o indivíduo pode realizar anseios pessoais que ele considere mais importantes que os propósitos visados pelo exercício positivo do direito. Assim, nos termos deduzidos no presente trabalho, a amputação pode ser uma manifestação legítima do desenvolvimento da personalidade e, ainda, um exercício do direito fundamental à integridade física.

---

<sup>317</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 249 e ss.

Ante o exposto, nas circunstâncias acima descritas, as hipóteses identificadas como despatologizantes atendem aos pressupostos da renúncia à integridade física. Mas resta, ainda, a análise dos requisitos da abdicação, tal qual propostos por Jorge Reis Novais<sup>318</sup>.

Conforme indicado no item 3.1, as renúncias operadas nas relações entre particulares não se vinculam a observância da reserva da lei, mas devem, em todo caso, estar em conformidade material com os princípios e regras constitucionais. A verificação desse requisito da renúncia deve ocorrer mediante um procedimento de ponderação dos valores e bens jurídicos em questão.

Na realização do procedimento de ponderação, Jorge Novais sugere como pontos de apoio a verificação da disponibilidade concreta daquela posição de direito fundamental, e a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do excesso.

Na análise da disponibilidade concreta, deve se ter em conta que, embora não possa ser concebida de modo absoluto, em termos de liberdade substancial, a higidez física é elemento essencial para que uma pessoa tenha a efetiva possibilidade de realizar aquilo que valoriza para si<sup>319</sup>. Neste sentido, impende verificar se a amputação, enquanto ato de disposição do próprio corpo que resulta na diminuição permanente da integridade física, afeta, de forma substancial, as possibilidades futuras de autodeterminação do sujeito, impedindo-o de conformar sua vida de acordo com suas próprias concepções e planos.

Conquanto esteja em causa uma diminuição permanente, as hipóteses de amputação voluntária identificadas fora do paradigma patológico não obstam que as pessoas continuem a perseguir seus fins pessoais com autonomia. Ao contrário, permite-lhes buscar maior independência e qualidade de vida, a despeito da deficiência que as acomete – tendo em conta que os pacientes já têm perda substancial ou total de funcionalidade do membro a ser extirpado.

Na consideração do peso relativo das razões e interesses em questão, verifica-se a preservação da saúde e das possibilidades de autodeterminação futura

---

<sup>318</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 258 e ss.

<sup>319</sup> Conforme assinalado no item 3.2, nisso reside a importância do critério da reversibilidade elegido pelo artigo 13 do Código Civil, que deve, contudo, ser interpretado de forma absoluta, admitindo flexibilizações para possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade circunstâncias concretas, em atenção às particularidades de cada caso.

do sujeito – visadas pela determinação do artigo 13 do Código Civil, e, ainda, um incremento de suas capacidades, uma vez que a extirpação tem o condão de lhe conferir maior funcionalidade e bem-estar. Neste contexto, entende-se pela possibilidade concreta de dispor da integridade física nas hipóteses despatologizantes, em que a realização da amputação se revela legítimo exercício do direito de dispor do próprio corpo.

Outrossim, a conformidade material com a Constituição depende também da observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, consoante assinalado anteriormente, afasta-se qualquer identificação entre dignidade e bons costumes, categoria jurídica cujo conteúdo é de difícil delimitação e, não raro, é movimentado para fins não democráticos. De modo diverso, o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser verificado a partir das dimensões subjetiva – de acordo com as concepções pessoais do envolvido – e objetiva – em atendimento ao substrato mínimo deste princípio.

Nessa toada, nas hipóteses de amputação voluntária identificadas como não patológicas não se vislumbra qualquer violação ao núcleo essencial do princípio da dignidade humana. Por outro lado, observa-se o respeito à autodeterminação do sujeito, tanto na consideração de suas concepções particulares de bem, quanto na manutenção das possibilidades futuras de prossecução aos seus fins pessoais. Nessa medida, realizada a amputação no contexto despatologizante – com a renúncia à integridade física, o sujeito está a exercer sua liberdade positiva e poderá continuar a conformar sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos. Assim, nesses casos, entende-se pela devida observância do princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, pela conformidade material da amputação aos princípios e regras constitucionais.

Por fim, restaria verificar o atendimento ao princípio da proibição do excesso. Tal qual delineado no item 2.3, a proibição do excesso atua como “limite aos limites”, tratando-se princípio constitucional estruturante do Estado de Direito que delimita toda a atuação dos poderes públicos. No entanto, em suas relações privadas, os particulares não estão vinculados à sua observância. Nessa toada, tratando a amputação voluntária de renúncia à integridade física operada no âmbito dos direitos

da personalidade, afasta-se, desde já, sua aplicação na análise concreta de conformidade material à Constituição<sup>320</sup>.

Desse modo, tem-se que as hipóteses de amputação voluntária identificadas como despatologizantes atendem também ao requisito da renúncia à integridade física em matéria de direitos da personalidade, verificada, diante das circunstâncias concretas, a sua conformidade material aos princípios e regras constitucionais.

Diante de todas as considerações expostas neste capítulo, entende-se que, nos casos não patológicos, a amputação voluntária pode ser considerada uma legítima manifestação do livre desenvolvimento da personalidade.

A análise das circunstâncias concretas empreendida neste item aponta que são atendidos os pressupostos e requisitos a viabilizar a renúncia à integridade física no âmbito do artigo 13 do Código Civil. Neste sentido, verificou-se a voluntariedade da manifestação de vontade, bem como o benefício efetivo ao titular, com preservação da saúde, da liberdade substancial e das possibilidades futuras de autodeterminação da pessoa envolvida. Destarte, ainda que seja imprescindível o recurso à medicina na apreciação do fenômeno – tanto para afastar as hipóteses patológicas, quanto para viabilizar o procedimento e o atendimento das necessidades do paciente – nesses casos a amputação se revela como exercício genuíno da liberdade positiva pelo sujeito, na conformação de seu próprio corpo consoante seus interesses críticos.

Por outro lado, nas demais hipóteses que se apresentam dentro do espectro patológico, consoante destacado pela doutrina nacional majoritária, é premente a necessidade de pesquisas clínicas consistentes, especialmente considerando a tamanha dificuldade física, psíquica e social que o desejo de amputação ocasiona aos pacientes, que, por vezes, utilizam métodos radicais e colocam em risco a própria vida com vistas a alcançar a extirpação.

---

<sup>320</sup> Contudo, pode-se ponderar a respeito da determinação proibitiva do artigo 13 do Código Civil, porquanto, trata-se de restrição imposta pelo legislador ordinário ao direito de dispor do próprio corpo na conformação da personalidade. Conforme salientado no presente trabalho, uma interpretação literal do dispositivo vedaria as amputações voluntárias enquanto ato de disposição do próprio corpo que resulta em diminuição da integridade física. Não obstante, uma análise detida da questão indica que essa leitura rígida da norma viola a proibição do excesso, porquanto, nas hipóteses despatologizantes, verifica-se a preservação da saúde e das possibilidades futuras de autodeterminação e o alcance dos objetivos pessoais relevantes para a pessoa envolvida. Neste sentido, é inviável impedir, com base no artigo 13 do Código Civil, a realização da amputação voluntária verificada fora do contexto de uma enfermidade – nas circunstâncias evidenciadas anteriormente.



## CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 operou uma mudança de paradigma na ordem jurídica nacional, assinalando a incidência da dignidade da pessoa humana sobre todas as searas do direito. Dessa consagração, tem-se, *a priori*, o reconhecimento de que cada pessoa tem o direito de conformar sua existência de forma autônoma, segundo suas próprias convicções e planos de vida, cujo valor é o mesmo de quaisquer outras convicções ou planos de vida, independente da aceitação social que concitem. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana delimita uma esfera de liberdade para o sujeito, na qual terceiros – seja o Estado ou particulares – não podem intervir.

Conquanto, desse paradigma não resulta a prevalência indiscriminada da liberdade individual. Embora estejam intrinsecamente imbricadas, liberdade e dignidade não coincidem. Em circunstâncias excepcionais, a ordem do Estado Democrático de Direito admite – ou mesmo exige – intervenções dos poderes públicos, considerando não apenas a tutela de outros bens protegidos pela Constituição, como também a própria liberdade do sujeito, tomada em seus diferentes perfis. Assim, emerge a necessidade de ponderar sobre os limites às restrições da liberdade impostas pelo Estado.

Neste contexto, a presente dissertação se propôs a examinar a questão das amputações voluntárias sob outras lentes, considerando a liberdade de dispor do próprio corpo e eventuais limites para a intervenção dos poderes públicos nesta seara. Desse modo, as reflexões que guiaram essa pesquisa giram em torno da liberdade negativa do sujeito – que lhe garante um espaço reservado da intervenção de terceiros - e de sua liberdade positiva na conformação de seu próprio corpo, aqui entendida enquanto manifestação de sua personalidade.

Verifica-se da literatura médica especializada sobre as amputações voluntárias, que as discussões se centram, primordialmente, na identificação da causa do desejo de amputação – usualmente entendido como uma manifestação patológica, bem como nas investigações sobre eventuais tratamentos que possam afastar a realização do procedimento cirúrgico de extirpação. No entanto, da análise das pesquisas clínicas e dos relatos de caso sobre o fenômeno, constata-se a ausência de consenso nessas questões.

As vertentes investigativas até então dominantes variam entre o diagnóstico de “apotemnofilia” – o desejo de amputação como manifestação patológica de uma sexualidade desviante, de “Transtorno de Identidade de Integridade Corporal” – em que a necessidade de extirpação decorreria de uma incompatibilidade entre a anatomia do corpo e a identidade do sujeito cuja gênese é psicológica, ou de “xenomelia” – de origem neurobiológica, a dita incompatibilidade decorreria de lesões ou disfunções no lobo parietal direito.

Não obstante, identifica-se na literatura médica casos de manifestação de desejo por amputação que não se enquadram nas referidas hipóteses. São episódios em que a extirpação apresenta-se como uma ideia fixa vinculada à admiração por pessoas com deficiência na superação de suas desvantagens físicas, ou, ainda, como decorrência de uma lesão incapacitante – total ou parcial, em que o prejudicado almeja amputar aquele membro com vistas a utilizar próteses que lhe garantam maior funcionalidade, sem prejuízo de questões identitárias correlacionadas.

É a partir do conhecimento de diferentes hipóteses em que se manifesta o desejo de amputação – consoante pesquisas desenvolvidas pelas ciências da saúde, que se vislumbra a possibilidade de pensar o fenômeno por uma perspectiva despatologizante, em particular no contexto jurídico brasileiro.

O caminho percorrido conduziu a reflexões em torno da disposição do artigo 13 do Código Civil e sobre os argumentos trazidos à baila pela doutrina nacional quando na negativa aos pleitos por amputação voluntária.

O referido dispositivo legal impõe restrições rígidas e insuficientes aos atos de disposição do próprio corpo, que não poderiam resultar em diminuição permanente da integridade física ou violar os bons costumes, exceto se amparados por uma exigência terapêutica. Para além do risco decorrente da indefinição da cláusula geral de bons costumes, tem-se que é necessário considerar o bem-estar psicológico da pessoa envolvida, a tolerância de intervenções irreversíveis – como as cirurgias plásticas embelezadoras, bem como a relevância das diminuições temporárias, que podem atrair a tutela do direito. Ademais, não obstante sua importância, há que se ponderar sobre a supremacia conferida ao parecer médico, que não deve passar imune a interpelações externas.

Essa tratativa rigorosa do direito ao corpo não se coaduna com a sociedade plural em que esse direito de personalidade pode se manifestar das mais variadas

formas, sempre renovadas a partir do desenvolvimento técnico, científico e cultural. Neste sentido, o artigo 13 da codificação civil pode ser considerado excessivamente paternalista ao impor restrições rígidas – e, por vezes, injustificáveis – ao exercício de um direito personalíssimo que, em regra, diz respeito apenas ao seu titular, sem reflexos diretos na esfera jurídica de terceiros.

Por sua vez, em confronto com o dispositivo legal mencionado, a doutrina jurídica nacional entende que, tratando-se de diminuição permanente da integridade física, apenas a determinação médica sobre o caráter terapêutico do procedimento cirúrgico teria o condão de legitimar a amputação. Assim, abdica do recurso à cláusula geral de bons costumes, cingindo a questão à ausência de um consenso médico. Ainda, acrescenta à ordem de discussões, a violação da dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida de si mesma, em que pese os estudos clínicos até então realizados apontem para a capacidade de decidir desses pacientes.

Em observância ao espaço de liberdade negativa do sujeito, tem-se que as intervenções estatais no exercício do direito ao corpo somente podem ser consideradas legítimas em situações excepcionais e objetivamente justificadas.

Desse modo, em análise crítica dos argumentos suscitados em âmbito nacional para afastar as demandas por amputações voluntárias, questiona-se as utilizações conferidas ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tratando-se de categoria jurídica cujo conteúdo é alvo de intensas disputas teóricas, ausente um conteúdo objetivo mínimo, verifica-se o risco de sujeição da dignidade aos bons costumes – cláusula que padece da mesma indefinição e, não raro, é utilizada para conferir substrato jurídico a opiniões de uma classe dominante. Ainda, a dignidade da pessoa humana aparece, por vezes, desacoplada da liberdade, desconsiderando por completo a vontade manifestada para promover a proteção do sujeito de seus próprios atos, no que Frankeberg caracteriza como “tirania da dignidade”.

Disso não resulta que dignidade humana perde a sua relevância, em especial na análise das amputações voluntárias. De outro modo, apenas exige cautela na sua utilização, a fim de evitar que se traduza em oposição à liberdade e em identidade aos bons costumes.

Ademais, não obstante a ausência de consenso médico seja um fator relevante na análise das amputações voluntárias - consoante assinalado pela doutrina jurídica nacional, em observância ao artigo 13 do Código Civil -, entende-se

que o poder decisório não deve ser concedido exclusivamente aos profissionais da saúde, que, em sua atuação, não estão imunes a questionamentos éticos e jurídicos.

Neste aspecto, faz-se mister ponderar sobre a “supremacia” conferida ao saber médico na tutela do corpo e da saúde, refletindo a respeito do papel desempenhado hodiernamente pela medicina. A partir dos aportes de Foucault, constata-se um vertiginoso aumento de seu espaço de atuação, que atualmente parece abarcar todo o campo da vida humana, convertendo a saúde em objeto de consumo e constantes lutas políticas. A medicina atua fora de seu campo tradicional e já não se preocupa apenas em tratar a doença, mas interfere em decisões a nível de uma população. Neste sentido, o saber médico impõe-se a todos os indivíduos – enfermos ou sadios – como ato de autoridade, construindo novas formas de subjetividade em torno de um padrão de “normalidade”.

Nessa ampliação, verifica-se que a medicina, por vezes, estimula abordagens patológicas de fenômenos que, ao menos a princípio, não dizem respeito à saúde, mas estão relacionadas à vivência humana. Ademais, nem sempre o desenvolvimento médico resulta em bem-estar ao paciente. Ao conferir um tratamento impessoal ao corpo, não raro, a medicina, olvida-se do ser singular que o habita, convertendo-o em mero objeto de sua atuação. Ainda, não se pode descuidar da inevitável influência de fatores econômicos e das opções ético-valorativas de seus profissionais e pesquisadores quando na elaboração de suas conclusões.

Contudo, nem por isso deve-se levantar a bandeira de uma “antimedicina”, recusando de forma cética e relativista toda a verdade cientificamente verificada. Em que pese todas as críticas que possam ser a ela direcionadas, a medicina tem um papel indispensável na melhoria da qualidade de vida e na garantia do bem-estar das pessoas. Neste trabalho, intenta-se apenas refletir sobre a fenômeno de medicalização de todas as searas da vivência humana, que pode estimular abordagens patológicas de manifestações que, por vezes, somente destoam do padrão de “normalidade” traçado.

Ainda, há que se considerar que, não raro, esse padrão é delimitado apenas com base em fatores fisiológicos e anatômicos, construindo a noção de saúde sob o corpo tal qual um mecanismo e sob a inevitável influência de conjunturas econômicas. Por evidente que os dados biológicos são essenciais para a atuação da

medicina, no entanto, não se pode olvidar do sujeito concreto que se apresenta como paciente. Assim, deve-se manter uma postura ponderada frente ao seu exercício, ainda mais quando legitimado pelo Direito na intervenção estatal sobre os direitos da personalidade, nos termos do artigo 13 do Código Civil.

Desse contexto, tem-se que a questão das amputações voluntárias, embora não prescindam do saber médico, pode, em determinados casos, ser pensada além da perspectiva patologizante, enquanto expressão da personalidade na autoconstituição do sujeito através da disposição de próprio seu corpo.

Constatadas as problemáticas em torno da dignidade da pessoa humana e da necessidade terapêutica, a partir da obra de Jorge Reis Novais, sugerem-se outras premissas a serem consideradas quando nas intervenções estatais na esfera de liberdade negativa do sujeito para protegê-lo de si mesmo – nomeadamente, em matéria de direito de disposição do próprio corpo.

Assim, tem-se que qualquer atuação do Estado neste sentido deve sopesar adequadamente os direitos fundamentais envolvidos e ser fundamentada e justificada conforme critérios jurídicos determinados. Exige-se, pois, que o procedimento de ponderação tenha racionalidade e objetividade interna, bem como seja estruturado com base nos princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, sendo os principais: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proibição do excesso e a proteção da confiança. Tais princípios operam como limites para atuação do Estado, funcionando, em última instância, como parâmetro para a averiguação da constitucionalidade dos atos praticados pelos poderes públicos.

A dignidade da pessoa humana impõe à jurisdição constitucional a consideração da concepção de bem do sujeito em questão e do consentimento deste, quando na análise de intervenções sobre os atos de disposição do próprio corpo. Contudo, o órgão julgador não pode se abster das necessárias ponderações a respeito da manutenção de suas capacidades futuras de desenvolvimento e conformação da personalidade, cuja afetação apenas pode ser verificada no caso concreto.

No que diz respeito às amputações voluntárias, colhe-se desse princípio a necessária consideração do consentimento do indivíduo com a redução de sua integridade física, de modo que eventual violação de sua dignidade não pode ser avaliada descolada de sua liberdade. No entanto, é preciso ponderar que a deficiência física resultante da extirpação pode, em determinados casos, configurar

uma impossibilidade de realizar planos futuros, especialmente considerando a irreversibilidade da medida e a extensão da extirpação desejada. Nessas hipóteses, pode ser imperiosa a proibição legal.

Ainda, o princípio da igualdade no controle das restrições aos direitos fundamentais deve ser operado pelo tribunal constitucional enquanto uma proibição ao arbítrio do poder público, que afasta intervenções diferenciadas não amparadas em uma fundamentação consistente e de acordo com a Constituição, considerando, em todo caso, a eventual presença de fatores de suspeição.

Por sua vez, o princípio da proibição do excesso – integrado pelos princípios da idoneidade, indisponibilidade, proporcionalidade, razoabilidade e determinabilidade, cada qual com seu núcleo específico e aplicados conjuntamente – visa a evitar intervenções restritivas que ultrapassam o que é estritamente necessário para proteger o bem jurídico que justifica a própria restrição, cuidando, em qualquer hipótese, do sujeito concreto envolvido.

No caso das amputações voluntárias, é imprescindível ponderar sobre os benefícios resultantes da proibição em comparação com os sacrifícios impostos ao indivíduo subjetivamente considerado. Isto porque, em que pese a preservação da integridade física do sujeito, a manutenção do membro indesejado gera profundo sofrimento nos pacientes, a ponto de intentarem a amputação por meios próprios, colocando em risco a própria vida.

Desses “limites aos limites” delineados por Jorge Reis Novais, acredita-se colher elementos importantes para ponderar eventuais restrições estatais à liberdade do sujeito para dispor de seu próprio corpo como lhe aprouver – em especial no caso das amputações voluntárias, em que a intervenção ocorre para proteger o sujeito de si mesmo, contra a sua vontade manifestada.

Sob o viés da liberdade positiva – enquanto poder de decidir os rumos da própria vida, tem-se a relevância dos atos de disposição do próprio corpo enquanto manifestação da personalidade. Isto, pois, o sujeito moderno constrói seu corpo como um fator de identidade pessoal e, através dele, atua em seu meio social e se coloca perante o mundo.

Neste ponto, admite-se a legitimidade do consentimento do titular de um direito fundamental para abdicar das posições jurídicas tuteladas pela norma, uma vez que, a princípio, a dita titularidade abrange a faculdade de dispor de todas as possibilidades de ação que decorrem do direito em questão. Assim, no que diz

respeito à integridade física, não obstante a regulamentação rígida do artigo 13 do Código Civil, verifica-se uma margem de conformação do corpo deixada ao indivíduo que, nos termos enunciados por Jorge Reis Novais, admitem a renúncia pelo sujeito da intangibilidade de seu corpo.

Essa renúncia se qualifica em uma dupla dimensão, enquanto exercício de um direito fundamental – na medida em que se constitua como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade – e enquanto restrição a direito fundamental – pois diminui a esfera de proteção garantida pela norma. Neste último aspecto, considere-se que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas perpassa pelo Estado, em primeira instância, pelo Poder Legislativo, e em última instância, pelo Poder Judiciário, que, em atenção aos deveres de proteção que o vincula, pode ser convocado a atuar com recurso direto a norma constitucional. Essa atuação dá-se sempre em caráter excepcional, quando o legislador não tenha regulado a situação jurídica, ou a tenha regulado de modo insuficiente.

Da análise do artigo 13 do Código Civil entende-se que, ao eleger balizas rígidas e precisas, o Código Civil brasileiro restringiu sobremaneira o exercício do direito ao próprio corpo e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade. A supremacia conferida ao critério terapêutico parece atribuir exclusivamente aos profissionais da saúde o poder decisório sobre (i) legitimidade do exercício de um direito personalíssimo, olvidando-se que a relação médico-paciente é marcada por um desequilíbrio tendencial. Nesses termos, verifica-se que a codificação civil possui um déficit de tutela da liberdade individual do sujeito no que tange a disposição de seu próprio corpo, de modo que o Poder Judiciário pode ser convocado a atuar no controle da constitucionalidade das intervenções do legislador no domínio dos direitos fundamentais, bem como nas eventuais situações de conflito entre particulares que envolvam um desequilíbrio entre as partes.

Neste contexto, os critérios elegidos pelo artigo 13 do Código Civil podem ser objeto de releituras que abarquem as necessárias considerações da pessoa tida em concreto, e tal qual reconhecida no Estado Democrático de Direito, como dotada de uma esfera de liberdade na conformação de seus planos de vida.

Por fim, identifica-se a complexificação da questão das amputações voluntárias em diferentes hipóteses, que devem ser consideradas pela doutrina jurídica em suas especificidades. Retomando-se os contributos da literatura médica especializada, bem como as reflexões realizadas em torno da liberdade positiva e



negativa, depreende-se que o fenômeno nem sempre se manifesta como patologia, em especial quando decorrente de uma lesão incapacitante. Nestes casos, entende-se que a realização do procedimento cirúrgico de extirpação pode se configurar como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade, atuando o sujeito na conformação de seu próprio corpo com vistas a obter funcionalidades e melhor qualidade de vida, sem prejuízo das questões identitárias imbricadas.

## REFERÊNCIAS

ALEMANY, Macario. Las fronteras de la autonomia en el ámbito clínico: el caso de los 'wannabe'. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, v. 18, p. 231-248, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault: um arqueologista do poder, do saber e da ética. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 35, p. 37-55, abril de 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BAYNE, Tim; LEVY, Neil. Amputees by choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, v. 22, n. 1, p. 75-86, 2005.

BBC NEWS. **Surgeon defends amputations**. 31 jan. 2000. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/scotland/625680.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/scotland/625680.stm)>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: \_\_\_\_\_; MILL, John Stuart. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UNB, 1969.

BLOOM, Rianne M.; HENNEKAM, Raoul; DENYS, Damiaan. Body Integrity Identity Disorder. **PLos ONE Journal**, San Francisco, v. 7, n. 4, p.1-7, abr. 2012.

BODIN, Maria Celina Moraes. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRANG, David; MC GEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological desire. **NeuroReport**, v. 19, n. 13, p. 1305-1306, ago. 2008.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Corpo e autonomia**: a interpretação do art. 13 do Código Civil Brasileiro. 2009. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ). Disponível em:

<[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31491/31491\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31491/31491_1.PDF)>. Acesso em: 27 out. 2019.

CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, Jose Antonio Peres. Crítica ao iluminismo em Foucault e a captura da autonomia pela biopolítica. In: CHAHRUR, Alan Ibn; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. (Org.). **Labirintos da filosofia do direito: estudos em homenagem a Osvaldo Giacoia Junior**. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2018, v. 01. p. 157-166.

\_\_\_\_\_. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 44, p. 77-94, 2006.

\_\_\_\_\_. **O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica**. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

DUNN, Thomas M.; MOROZE, Ryan M. The Patient Requesting Amputation. **Open Journal of Medical Psychology**, v. 2, n. 4, p. 193-196, out. 2013.

ECHEVERRÍA, Enrique Santamaría. Amputación voluntaria: los casos de apotemnofilia y el trastorno de integridad corporal. **Derecho y vida – Universidad de Externado**, Bogotá, n. XCV, ago. 2011. Disponível em: <<https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin-DER-Y-VID-95.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

ESTEVES, Rafael; MULTEDO, Renata Vilela. Reflexões sobre o conteúdo não-patrimonial da relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 315-338.

EVERAERD, Walter. A Case of Apotemnophilia: A Handicap as Sexual Preference. **American Journal of Psychotherapy**, Utrecht, v. 37, n. 2, p. 285-293, abr. 1983.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Veja, 1993.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, jul./set. 2008.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997.

FIRST, Michael B. Desire for amputation of a limb: paraphilia, psychosis, or a new type of identity disorder. **Psychological Medicine**, New York, v. 35, p. 919-928, 2005.

FIRST, Michael B.; FISHER, Carl E. Body integrity Identity Disorder: The Persistent Desire to Acquire a Physycal Disability. **Psychopathology Journal**, Basel, v. 45, p. 3-14, nov. 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259-281.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. Crise da medicina ou crise da antimedicina. **Revista Verve**, São Paulo, n. 18, p. 167-194, 2010.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FRANKENBERG, Günther. Tirania da Dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo. In: \_\_\_\_\_. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 305-320.

GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora. **O que é bioética**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

JOHNSTON, Josephine; ELLIOT, Carol. Healthy Limb Amputation: ethcal and legal aspects. **Clinical Medicine**, Londres, v. 2, n. 5, p. 431-435, set./out. 2002.

JOLIE, Angelina. My medical choice. **The New York Times**, New York, 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?hp>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 41-71, jul./set. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2696/pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

LAWRENCE, Anne A. Clinical and Theorical Paralles Between Desire for Limb Amputation and Gender Identity Disorder. **Archives of Sexual Behavior**, v. 35, n. 3, p. 263-278, jun. 2006.

LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 2012.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUCENA, Bárbara Braga de; ABDO, Carmita Helena Najjar. Transtorno parafilico: o que mudou com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5ª edição (DSM-5). **Revista Diagnóstico & Tratamento**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 94-96, mar. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: \_\_\_\_\_; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009. p. 299-346.

MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. [E-book] Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MONEY, John; JOBARIS, Russell; FURTH, Greg. Apotemnophilia: Two Cases of Self-Demand Amputation as a Paraphilia. **The Journal of Sex Research**, New York, v. 13, n. 2, p. 115-125, 1977.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra Portugal-Brasil**. Coimbra Editora, 2000. p. 149-246.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido, Diretivas Antecipadas de Vontade e Cuidados Paliativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

MULLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) - Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?. **The American Journal of Bioethics**, Stanford, v. 9, n. 1, p. 36-43, jan. 2009.

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Tamara Pereira de; ARAÚJO, Rita de Cássio Tibério; SOARES, Edvaldo. Negligência unilateral pós-acidente vascular encefálico: atuação da Terapia Ocupacional. **Cad. Ter. Ocup. UFSCar**, São Carlos, v. 22, n. 2, p. 419-428, 2014.

PORRES, María Diéguez; RODRÍGUEZ, Ana González. La falta como ideal: Apotemnofilia o la integridad de no estar completo. **Átopos: Salud Mental**,

**Comunidad y Cultura**, Madrid, n. 4, p. 38-43, sep. 2005. Disponível em: <[http://www.atopos.es/pdf\\_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf](http://www.atopos.es/pdf_04/La%20falta%20como%20ideal.pdf)>. 27 out. 2019.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 65-78.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171-188.

SACKS, Oliver. **A leg to stand on**. New York: Touchstone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2axb85U>>. Acesso em: 26 de abr. de 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SEDDA, Anna; BOTTINI, Gabriella. Apotemnophilia, body integrity disorder ou xenomelia? Psychiatric and neurologic etiologies face each other. **Neuropsychiatric Disease and Treatment**, v. 10, p. 1255-1265, jul. 2014.

SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. **Psychiatry Journal**, Abingdon, v. 3, n. 8, p. 27-30, 2004.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIKORA, Kate. Doctor argues for right to amputate unwanted limbs. **The Daily Telegraph**. Londres, 7 nov. 2008. Disponível em: <<https://www.dailytelegraph.com.au/news/nsw/the-right-to-amputate-good-limbs/news-story/e97ffb4f1b604ef663d32599226e8385?sv=36800f1e8e572663d76e4c56749d236e>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 178-179.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: \_\_\_\_\_.; DADALTO, Luciana. (Orgs.). **Dos Hospitais aos Tribunais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 509-546.

TRAVIS, Mitchell. Non normative bodies, rationality and legal personality. **Medical Law Review**, Oxford, v. 22, n. 4, p. 526-547, maio 2014.

VIEIRA, Marcelo de Mello; ASSIS, Bráulio Lopes. Autonomia privada e a disposição do próprio corpo: apotemnofilia em debate. In: STANCIOLI, Brunello Souza; ALBUQUERQUE, Letícia; FREITAS, Riva Sobrado de (coords.). **Biodireito e direito dos animais**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 312-327.